This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

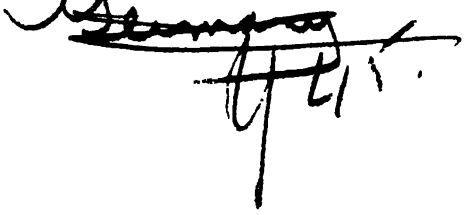
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 056 928 351

G.2.11

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 10 1919



System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Joseph Unger,
o. ö. Professor der Rechte an der Wiener Universität.

Erster Band.

Dritte unveränderte Auflage.

Nebst einem Anhang:
Ueber den Entwickelungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1868.

For the
U

JUL 1 0 1919

Vorrede zur ersten Auflage.

Es ist bekannt, welcher bedeutende Umschwung nunmehr auch in Österreich in der Auffassung des Rechts und der Aufgabe der Rechtswissenschaft eingetreten ist. Man begnügt sich nicht mehr weder mit der exegetischen Methode selbst noch mit den dürftigen zusammenhangslosen Resultaten derselben; man findet das Erklären des Gesetzbuchs aus sich selbst heraus, das paraphrasirende Fortschreiten von einem Gesetzesparagraph zum andern unzulänglich, um den ganzen Rechtsstoff zu bemeistern und in das Wesen der einzelnen Rechtsinstitute einzudringen. Es ist heutzutage eine allgemeine Thatsache des wissenschaftlichen Bewußtseins geworden, daß die bisherige civilistische Jurisprudenz, welche losgerissen von der gemeinrechtlichen Wissenschaft ihr ganzes Material aus den wenigen Artikeln des Gesetzbuchs entlehnte, im vermeintlichen Besitz der Resultate sich der Mittel dieselben immer wieder von Neuem zu gewinnen vergeblich entschlagen zu können glaubte, daß es ihr nicht gelang die verschiedenen Elemente, aus denen unser heutiges Recht hervorgegangen ist, in lebendigen Fluß zu bringen und daß sie daher selbst dasjenige nicht an den Tag zu fördern vermochte, was in den Bestimmungen des Gesetzbuchs selbst enthalten ist. Dieser Umschwung in den wissenschaftlichen Überzeugungen und Anschauungen ist nicht das Resultat einer etwa erst gestern erhobenen Einsprache; bereits vor mehr als zehn Jahren hat, anfänglich in stillerer und vereinzelter Weise, der Kampf gegen die Herrschaft der älteren Methode begonnen, an deren Hand in Verbindung mit dem lähmenden System des Lehr- und Lernzwangs und einer räsonnirenden rein äußerlichen Behandlungsweise des Rechts,

welcher man unverdienter Weise den Namen Rechtsphilosophie beilegte, der Lehrer Jahr für Jahr die herkömmliche Bahn durchschritt, ohne daß es ihm bei diesen Umständen leicht möglich geworden wäre, die Wissenschaft zu fördern. In unseren Tagen ist dieser Kampf mit Lebhaftigkeit aufgenommen und mit Energie zu einem gedeihlichen Ende geführt worden. Wie auf vielen andern Gebieten so sind auch auf diesem Felde die hemmenden Schranken, die lästigen Fesseln hinweggeräumt worden; ein geordnetes System der Lehr- und Lernfreiheit hat unsere Universitäten vorderhand der äußeren Einrichtung nach den deutschen Hochschulen, welche von jeher die Pflanzschule der Wissenschaft waren, gleichgestellt und gewährt jene anständige maßvolle Freiheit, welche unumgänglich nothwendig ist, wenn überhaupt noch von einem geistigen Leben und Streben die Rede sein soll. Die ältere exegetische Methode ist als unzureichend wiederholt anerkannt worden und an ihre Stelle die historisch-philosophische Methode getreten, deren Wesen darin besteht, mit Hilfe eines liebevollen eingehenden Studiums der Vergangenheit die Gegenwart mit ihren eigenthümlichen Erscheinungen begreifen zu lernen, nicht etwa um an die Stelle der Gegenwart die Vergangenheit mit ihren veralteten lebensmüden Einrichtungen zu setzen, sondern um in passender Weise in eine ersprießliche Zukunft hinüber zu leiten und durch das Verständniß der Forderungen der Gegenwart einen weisen Fortschritt zu begründen. An die Anhänger dieser Methode ist aber hiermit die Aufforderung ergangen, nunmehr an die Stelle des Kampfes die ruhige friedliche Arbeit treten zu lassen, auf der geebneten Bahn rüstig fortzuschreiten, von ihrer Seite jenen Anforderungen zu entsprechen, welche heutzutage an die Wissenschaft gestellt werden, und hiermit die Versprechungen zu erfüllen, welchen bisher ein ehrendes Vertrauen entgegenkam. Mit dem schwer lastenden Gefühl einer solchen Verantwortlichkeit übergebe ich die vorliegende Arbeit der Öffentlichkeit.

Zwei Wege sind es, welche bei dem gegenwärtigen Stande unserer Rechtswissenschaft mit Erfolg eingeschlagen werden können: der eine Weg ist der monographischer Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute, der andre der systematischer Bearbeitung des ganzen Rechts-

ſtoffs. Monographieen geben dem Darſteller die paſſende Gelegenheit das einzelne Rechtsinſtitut, deſſen Bearbeitung er unternommen hat, nach allen Seiten hin auf das Sorgfältigſte und Genaueſte auszuarbeiten, die leitenden Ideen aufzuſuchen welche demſelben zu Grunde liegen, die Beziehungen aufzufinden, in welchen daſſelbe zu verwandten Rechtsinſtituten ſteht. In Monographieen wird der einzelne Rechtsſatz um ſeine Herkunft und ſeine innere Berechtigung gefragt; eingehende dogmengeſchichtliche Unterſuchungen machen mit dem Schickſal bekannt, welches die einzelne Rechtsregel von ihrem Entſtehen an bei ihrer Wanderung durch verſchiedene Länder und Zeiten hindurch bis auf unſere Tage herauf erfahren hat; hieran ſchließt ſich die dogmatiſche Darſtellung, welche der Rechtsregel ihr praktiſches Gebiet anweiſt und uns lehrt in welchem Umfang der fragliche Rechtsſatz zu gelten habe, welche Conſequenzen aus demſelben abzuleiten ſeien und in welchem inneren Zuſammenhang er mit andern Rechtsſätzen ſtehe. Durch ſolche wiſſenſchaftliche Arbeiten werden die einzelnen Rechtsinſtitute erſt in ihr gehöriges Licht geſtellt; Rechtsregeln welche bisher in unbezweifelter Geltung ſtanden werden als falſch und verwerflich erkannt, mancher Rechtsſatz auf ein engeres Gebiet beſchränkt, mancher Rechtsnorm ein weiterer Umfang angewieſen. Monographieen ſind es daher, durch welche die wichtigſten Fortſchritte der Wiſſenſchaft zu Stande kommen: einer fortgeſetzten Reihe ſolcher Monographieen verdankt die deutſche Rechtswiſſenſchaft die Blüthe, in welcher ſie gegenwärtig ſteht. Trotz dieſer unläugbaren Vortheile und trotz deſſen daß es wohl eher und leichter gelungen ſein dürfte, mit der Ausarbeitung einer Monographie zu einem innerlich und äußerlich befriedigenden Abſchluß zu gelangen, habe ich es dennoch vorgezogen den ſchwierigeren mühevolleren Weg zu gehen und die Ausarbeitung eines Syſtems des öſterreichiſchen allgemeinen Privatrechts unternommen. Was uns in Oeſterreich nemlich jetzt vor Allem noth thut, das iſt eine totale nicht bloß auf einem einzelnen beſchränkten Gebiet zu vollziehende Losſagung von der bisherigen Behandlungsweiſe. Eine Menge falſcher und halbwahrer Begriffe hat ſich über das ganze Gebiet unſerer Jurisprudenz aus-

gebreitet und darin festgesetzt, welche soweit es möglich ist nunmehr auf allen Punkten zugleich angegriffen und beseitigt werden müssen; in der That wenn irgendwo eine Revision der Grundbegriffe nöthig ist, so ist dieß gegenwärtig bei uns auf dem civilistischen Gebiet der Fall. In gleicher Weise müssen nach allen Seiten hin die Schranken aufgehoben werden, welche bisher die so überaus schädliche Abtrennung unserer Rechtswissenschaft von der gemeinschaftlichen Bearbeitung des Rechts zur Folge hatten; die Schleußen müssen geöffnet werden um den reichen Strom deutscher Wissenschaft auf die brach liegenden Fluren der österreichischen Jurisprudenz zu leiten und um auf allen Punkten zugleich ein neues reiches geistiges Leben hervorzurufen. Auch darf nicht verkannt werden, daß jede Monographie, wenn sie anders in der oben angegebenen Weise verfaßt sein soll, viele Rechtsgrundsätze als unzweifelhaft, viele Rechtsinstitute als bekannt voraussetzt, mit deren Begründung sich der Bearbeiter einer solchen Monographie nicht näher befassen kann. Monographische Darstellungen setzen daher ein wenigstens im Grundriß vorhandenes System voraus, wenn nicht jede Monographie sich in eine endlose Reihe kleinerer Monographieen auflösen soll, oder wenn der Darsteller nicht im vorhinein darauf verzichten will etwas Befriedigendes zu leisten, da man „ein solches Besondere nicht mit Glück vollführen kann, wenn man nicht im Ganzen wo nicht Meister doch wenigstens Altgeselle ist.“ Auch von diesem Standpunkt aus erscheint somit die Abfassung eines Systems als die vor Allem zu unternehmende Arbeit: die Steine und der Schutt müssen erst hinweggeräumt sein, wenn für einen neuen Bau der erforderliche Raum gewonnen werden soll, der ganze Acker muß einmal wenigstens umgepflügt worden sein, wenn man nicht gefahren will, daß die auf engem Boden gezogene Pflanze von dem nachbarlichen Schlinggewächs überwuchert werde.

Über die Art und Weise in welcher die Lösung der vorliegenden Aufgabe zu unternehmen ist, habe ich mich bereits zu wiederholten Malen an verschiedenen Orten ausgesprochen und darf mich daher in dieser Beziehung hier wohl um so kürzer fassen. Vor Allem ist an

der Überzeugung festzuhalten, daß der Gesetzgeber mit seinem Gesetzbuch im Wesentlichen nichts Neues gibt, daß das Gesetzbuch in den meisten Punkten nichts anderes als das niedergeschriebene zur Zeit der Abfassung desselben geltende Recht ist. Hiermit ist das dogmengeschichtliche Element als jenes bezeichnet, welchem die größte Bedeutung zuerkannt werden muß. Jeder Rechtssatz hat sein eigenthümliches Leben, jede Rechtsregel ihre individuellen Schicksale gleich dem einzelnen Menschen. Will man ein Gesetzbuch richtig auffassen, so muß man daher darauf sehen, welchen Sinn welche Bedeutung welchen Umfang welches Gewicht die zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs herrschende Theorie, in welcher die Verfasser desselben gebildet wurden, den betreffenden Rechtsregeln beilegten. Unser heutiger Rechtszustand ist aber kein einfacher sondern ein aus der eigenthümlichen Verschmelzung zweier verschiedener Elemente hervorgegangener: diese beiden Elemente sind das römische und das deutsche Recht. Beide Factoren müssen genau gekannt sein, wenn das Product richtig verstanden werden soll. Zu diesem gründlichen Studium der wichtigsten theoretischen und praktischen Werke aus der Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs hat bei dem Einfluß, welchen zur fraglichen Zeit das Naturrecht auf alle Geister übte, eine entsprechende Berücksichtigung desselben hinzuzukommen. Mit den angegebenen Mitteln wird man dahin gelangen, nicht nur das Gesetzbuch richtig zu verstehen, sondern auch im Geist desselben die zahlreichen Lücken des Rechtsgebäudes auszufüllen. Hiermit kann aber die Aufgabe noch nicht als gelöst betrachtet werden. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat in den letzten vierzig fünfzig Jahren Fortschritte gemacht wie sie sonst nur in Jahrhunderten gemacht werden; seit der Publication des Gesetzbuchs im Jahr 1811 hat die deutsche Rechtswissenschaft eine ganz neue Bahn beschritten und ist auf derselben zu glänzenden Resultaten gelangt. Zu der Zeit, in welcher die Abfassung der modernen Gesetzbücher unternommen wurde, war die deutsche juristische Literatur ziemlich dürr und unbehilflich geworden; gerade die Wahrnehmung dieses unerquicklichen mangelhaften Zustandes führte zu dem Glauben, daß die Theorie nicht im Stande sei aus sich heraus diesen Übelstän-

den abzuhelfen, und veranlaßte den Verſuch durch einheimiſche Geſetzbücher dem Übel zu ſteuern. Wie hat ſich dieß ſeither geändert! An die Stelle einer ſteifen trockenen pedantiſchen Literatur iſt ein friſches reges Leben getreten, auf allen Gebieten herrſcht eine kräftige rührige Thätigkeit, gründliche und zugleich geſchmackvoll geſchriebene Abhandlungen haben die ſtarren Elemente in friſchen Fluß gebracht, und römiſches und germaniſches Recht ſind durch eine neue geiſtige Reproduction recht eigentlich zu unſerer eigenſten Schöpfung geworden. Was einſt ein Mittel ſchien dem mangelhaften Rechtszuſtand abzuhelfen, iſt nunmehr faſt ſelbſt wieder ein Hinderniß des Fortſchritts ein Hemmſchuh der Entwicklung geworden. Bei dieſem Stand der Dinge iſt es Pflicht, ſich die Reſultate der neueren Forſchungen anzueignen, zu fragen wie ſich die geſetzlichen Beſtimmungen zu den Ergebniſſen der neueren gründlichen Unterſuchungen verhalten, zu prüfen inwieweit die geſetzlich fixirten Sätze auf theoretiſche Anerkennung noch Anſpruch machen können. Es iſt ſomit die wiſſenſchaftliche Kritik des Geſetzbuchs, welche zu unſerer Arbeit hinzutreten muß, wenn ſich dieſelbe nicht mit einer bloß paſſiven Darſtellung des Vorhandenen begnügen will.

Was die innere Gliederung des Syſtems ſelbſt betrifft, konnte ich keinen Augenblick im Zweifel ſein, daß das im Geſetzbuch befolgte Syſtem verlaſſen und jenes befolgt werden müſſe, welches mit Abweichungen im Einzelnen heutzutage als das in der deutſchen Rechtswiſſenſchaft allgemein befolgte bezeichnet werden kann. Gerade in dieſer Beziehung freilich herrſcht bei uns immer noch die geringſte Bereitwilligkeit, ſich den unabweisbaren Anforderungen der Wiſſenſchaft zu fügen. Der Eine fürchtet hierdurch das wohlgeordnete Syſtem des Geſetzbuchs zu trüben, der Andere beruft ſich auf ſeine jahrelange Erfahrung und verſichert es habe ſeit vierzig Jahren die Legalordnung genügt tüchtige Juriſten zu bilden, ein Dritter verwirft jede Abweichung von der Paragraphenfolge aus Unluſt den neuen ſchwierigeren Weg zu betreten, ein Vierter betheuert, daß nur auf dem Weg der Legalordnung der Zuhörer in den geſicherten ruhigen Beſitz aller einzelnen geſetzlichen Beſtimmungen gelange, mit welchen ausgerüſtet er

allen Fragen der Theorie und Praxis gefaßt entgegentreten könne. Es frommt nicht dieſen Streit weiter fortzuſetzen und abermals und abermals zu verſichern, daß der Schlüſſel zum Verſtändniß eines Geſetzbuchs anderswoher als aus dieſem ſelbſt geholt werden müſſe, daß ein Geſetzbuch kein Lehrbuch ſei, bei deſſen Abfaſſung nach Inſtitutionenart Rückſicht auf die Schüler genommen worden ſei, daß eine freiere Behandlung des Geſetzbuchs nicht nothwendig eine oberflächlichere und ungenügendere ſein müſſe, und daß man bei dem Fortſchreiten von einem Paragraph zum andern der Gewißheit gänzlich entbehre, den ganzen Rechtsſtoff aufgenommen und alle Fragen gelöſt oder auch nur berührt zu haben, welche für unſer heutiges Rechtsleben von Bedeutung ſind. Auch in dieſer Beziehung wird die bisher lebhaft geführte Polemik wohl beſſer gänzlich aufgegeben, nimium altercando veritas amittitur: wenn einmal von beiden Seiten thatſächliche umfaſſende Leiſtungen vorliegen werden, wird ſich das richtige Urtheil von ſelbſt feſtſtellen und auf dem ruhigen Wege ſtill wirkender Ueberzeugung in immer weiteren Kreiſen Eingang finden.

In Betreff der Behandlung des Stoffs war zwiſchen einer der beiden möglichen Darſtellungsweiſen zu wählen, zwiſchen einer kurzen compendiariſchen Darſtellung und einer ausführlicheren eingehenden Behandlung der betreffenden Materien. Mit Rückſicht auf die vorliegenden Verhältniſſe konnte ich kein Bedenken tragen den letzteren Weg einzuſchlagen. Kürzere compendiariſche Darſtellungen ſind nur dort am Platz, wo ein Geſetzbuch, etwa wie das preußiſche, ſich in ermüdende Caſuiſtik verliert und in einer zu weit getriebenen Ausführlichkeit alle Detailfragen mit ängſtlicher Gewiſſenhaftigkeit zu löſen ſucht: in einem ſolchen Fall mag es paſſend ſein, die leitenden Rechtsgrundſätze in knapper Form darzuſtellen und aus der reichen Fülle von Beſtimmungen die allgemeinen Principien hervorzuheben, welche für ganze Inſtitute maßgebend ſind. Ebenſo mag eine kürzere Darſtellung dort am Platz ſein, wo die Literatur reich am Monographieen iſt und jede wichtigere Frage Gegenſtand einer Reihe von Specialunterſuchungen geworden iſt: bei einer ſolchen Überfülle des Stoffs mag es zweckmäßig ſein, von Zeit zu Zeit die Reſultate dieſer For-

ſchungen in kurzer faßlicher Form darzuſtellen, um den Einzelnen vorläufig der Mühe zu überheben, ſich ſelbſt durch das ganze Material hindurch zu arbeiten. Ganz anders aber verhält ſich die Sache dort, wo ein Geſetzbuch wie das öſterreichiſche in einer dürftigen Anzahl von Paragraphen kaum die nothwendigſten Beſtimmungen enthält und die Literatur arm an Monographieen ſich bloß an eine Beſprechung dieſer Beſtimmungen gehalten hat, ohne viele andere wichtige Fragen auch nur zu berühren. Sollen dieſe Fragen beſprochen und erledigt werden, ſollen die herrſchenden Irrthümer aufgedeckt, die gangbaren Unwahrheiten beſeitigt, die halbwahren Begriffe gereinigt werden, ſollen die Beſtimmungen des Geſetzbuchs einer motivirten Kritik unterzogen, die neuen Behauptungen begründet und gegen Widerſpruch ſo viel als möglich ſichergeſtellt werden, ſo muß es geſtattet ſein ſich in freierer Darſtellung zu bewegen und man darf nicht erwarten die fraglichen Materien auf ein paar kurze dem Gedächtniß leicht einzuprägende Sätze reducirt zu ſehen. Bei ſolcher Anlage hat denn freilich die unternommene Arbeit eine größere Ausdehnung erlangt und ſo insbeſondere der allgemeine Theil, deſſen erſte Hälfte der vorliegende Band enthält und deſſen zweite Hälfte noch im Lauf dieſes Jahres erſcheinen ſoll, einen Umfang erhalten, den Manche nicht erwarten mochten, vor dem Viele zurückſchrecken mögen. Allein gerade der allgemeine Theil war es, der mit beſonderer Sorgfalt und Gewiſſenhaftigkeit behandelt werden mußte; in ihm werden die Grundbegriffe entwickelt welche für das ganze Rechtsſyſtem von entſcheidender Bedeutung ſind, die Grundſteine gelegt auf welchen das ganze Rechtsgebäude beruht; er iſt die Vorſchule welche in tüchtiger Weiſe zurückgelegt ſein muß, wenn man mit Ausſicht auf Erfolg an die Behandlung der beſonderen Rechtsinſtitute ſchreiten will. Hierzu kommt der Umſtand, daß es in unſerer bisherigen öſterreichiſchen Rechtsliteratur an einem ſolchen allgemeinen Theil gänzlich fehlt, wodurch denn freilich einerſeits die Arbeit um ſo ſchwieriger wurde, andererſeits aber die Aufforderung um ſo dringlicher war ſo bald als möglich dieſe empfindliche Lücke auszufüllen. Auch drängte es mich dieſen allgemeinen Theil bei ſeinem erſten Erſcheinen in ſo würdiger

Weiſe als es mir nur immer möglich war auftreten zu laſſen, durch zahlreiche Beziehungen auf einſchlagende Lehren des beſonderen Theiles die Wichtigkeit desſelben in ein helleres Licht zu ſtellen und ſoweit ich es vermag die Überzeugung zu verbreiten, daß ohne einen tüchtigen allgemeinen Theil jede Behandlung des Privatrechts eine unſichere ſchwankende Arbeit im Dilettantenſtil bleibe, deren Verfaſſer allen möglichen ſubjectiven und willkürlichen Abirrungen preisgegeben iſt. Auch will ich es nicht verhehlen, daß die Beſorgniß, es werde mir an der nöthigen Kraft fehlen alle Partieen des beſonderen Theiles auszuarbeiten, mich beſtimmte, viele Punkte in denen ich die gegenwärtig herrſchenden Anſichten für entſchieden unrichtig halte bereits im allgemeinen Theil zu berühren und ſie unter dem Text in den Noten zu beſprechen, welche überhaupt dazu beſtimmt ſind das Colorit zu der Zeichnung im Text zu geben.

Ich habe in dem vorliegenden Werk meine Überzeugungen und Anſichten offen und unverhohlen ausgeſprochen; wo ich Gutes fand, habe ich es freudig und dankbar anerkannt, wo ich Irrthümern begegnete, habe ich ſie frei und unumwunden als ſolche bezeichnet. Was insbeſondere die deutſche Rechtswiſſenſchaft betrifft, ſo bin ich ihr zu unvergänglichem Dank verpflichtet; ich habe aus ihrer unverſieglichen Quelle geſchöpft, mich mit den Gaben bereichert, welche ſie Jedem bietet, der beſcheidenen Sinnes und willigen Gemüths ihr naht. Was in dieſer Arbeit etwa Gutes und Tüchtiges ſein mag, iſt nicht mein Verdienſt ſondern lediglich das Reſultat gewiſſenhaften Studiums liebevoller Aufnahme deſſen, was Andere vor mir geleiſtet haben; möge es mir gegönnt geweſen ſein, in einzelnen Lehren die gemeinrechtliche Wiſſenſchaft zu fördern und hiermit einen wenngleich geringen Theil meiner Schuld abgetragen zu haben. In einer minder erfreulichen Lage befand ich mich unſerer einheimiſchen Literatur gegenüber. Es erklärt ſich dieß ſchon aus dem Umſtand, daß alle unſere Schriftſteller in ihren Werken jene Methode handhaben, welche ich in ihrer Einſeitigkeit und Excluſivität als eine durchaus verwerfliche bezeichnen muß. Ich bin daher vielfach zu Reſultaten gelangt, welche den herrſchenden Überzeugungen geradezu entgegengeſetzt ſind,

und wo ich in meinen Ansichten mit denen unserer einheimischen Schriftsteller übereinstimme, habe ich dieselben häufig von anderen Voraussetzungen ausgehend gewonnen und sie mit anderen Gründen belegt, als jenen welche gewöhnlich dafür angeführt werden. Dieser Mangel an Übereinstimmung im Ausgangspunkt und den Resultaten hat mich, wie ich an einem andern Ort bewiesen zu haben glaube, nicht gehindert das Verdienstliche in den Leistungen unserer Schriftsteller bereitwillig anzuerkennen; auch galt die Einsprache die ich erhob niemals den Personen sondern stets nur der Sache. In dem vorliegenden Werk nun, in dem es sich um Gewinnung und Sicherstellung bestimmter Behauptungen handelt und worin Überzeugung der Überzeugung entschieden entgegenzutreten hat, konnte ich nicht umhin, dort wo die Meinung meiner Gegner unzweifelhaft aus thatsächlicher Unkenntniß aus logischen Fehlern oder aus der Anwendung der herkömmlichen ungenügenden Methode entsprungen ist, mit meinem Widerspruch einen offenen Tadel derselben zu verbinden. In dieser Ausübung einer freimüthigen Kritik glaube ich die Grenzen des Anstands und der Schicklichkeit nicht überschritten zu haben und darf wohl hoffen, daß man hierin nicht einen anmaßenden Sinn finden wird, sondern lediglich das Bestreben die Wissenschaft zu fördern, wobei weder ein Zurückstehen an Jahren noch an Verdiensten oder äußerer Stellung in Betracht kommen kann. Ich hatte stets vor Augen, daß ich meine Feder lediglich im Dienste der Wahrheit zu führen habe, unbekümmert um persönliche Sympathieen oder Antipathieen, ohne Rücksicht auf äußere Vortheile oder Nachtheile.

Wie schwierig die unternommene Arbeit von den angegebenen Standpunkten aus sei, wie schwer es falle die angeführten verschiedenartigen Elemente in Harmonie zu bringen, bei den dogmengeschichtlichen Erörterungen nicht des Guten zu viel zu geben, in der Kritik des Gesetzbuchs das rechte Maß zu bewahren, die Wiederanknüpfung des particularrechtlichen Stoffs an das gemeine Recht mit Geschick einzuleiten, sich durch mühevolle geschichtliche und literarische Studien den offenen Sinn für die Forderungen des praktischen Lebens nicht trüben zu lassen, leuchtet Jedermann ein. Keiner aber dürfte es

vollständiger einsehen und lebhafter fühlen als ich, welche Unvollkommenheiten das vorliegende Werk bei dem umfassenden Plan, den ich demselben gesteckt habe, an sich trage und wie sehr entfernt ich von dem Ziele bin, welches mir vorgeschwebt hat. Dennoch ging ich mit frischem Muth und ungebrochener Kraft ans Werk; mag die dringende Nothwendigkeit dieser Arbeit die vielfache Mangelhaftigkeit derselben entschuldigen! Mögen Andere nach mir kommen, welche die Irrthümer derselben aufdecken, die Fehler derselben nachweisen; mögen Männer mit mehr Talent und Kenntniß ausgerüstet als mir zu Gebote stehen auf dem einmal betretenen Weg rüstig fortschreiten! Ich selbst sehe dieses Werk nur als eine Bauhütte als ein nothdürftiges Gerüste an: ich werde ohne Empfindlichkeit mich innig freuen, wann die Zeit gekommen sein wird wo das Gerüste fallen mag und das neue Gebäude von Anderen gebaut in seiner vollen Größe dasteht.——

Indem ich somit diese Arbeit der Öffentlichkeit übergebe, kann ich nicht umhin Sr. Excellenz dem Herrn Unterrichtsminister Leo Grafen Thun meinen ehrerbietigen Dank für die hochherzige Weise auszusprechen, in welcher mir die zur Vollendung dieser Arbeit erforderliche Muße gegönnt ward. Ebenso fühle ich mich gedrungen Sr. Excellenz dem Freiherrn von Salvotti meinen herzlichsten innigsten Dank für die liebevolle vielfach fördernde Theilnahme auszusprechen, welche Derselbe meiner Arbeit in reichem Maße hat angedeihen lassen. Wer je das Glück gehabt hat mit einem Manne, dessen Geist die gewöhnlichen Dimensionen weitaus überschreitet, in lebhaftem wissenschaftlichen Verkehr zu stehen, von ihm über die schwierigsten Fragen der Wissenschaft Aufklärung, über vielbesprochene Materien neue Aufschlüsse zu erhalten, der wird die Fülle des Dankes ermessen können, welche ich hiermit dem großen Gelehrten, dem tiefen Kenner deutscher und französischer Jurisprudenz, dem Schüler und Freunde Savigny's aus vollem warmen Herzen darbringe.

Wien den 2. Februar 1856.

Der Verfasser.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Seit Jahr und Tag ist der erste Band dieses Werkes vergriffen. Nach längerem Bedenken, welches an der verspäteten Erscheinung dieser Auflage Schuld trägt, habe ich mich entschlossen, das Buch unverändert wieder abdrucken zu lassen. Nur an einzelnen Stellen, da und dort, zu ändern und zu verbessern, vermochte ich nicht über mich zu gewinnen. Zu einer Umarbeitung im Ganzen und Großen konnte ich mich aber gleichfalls nicht entschließen. Ein unternommener Versuch überzeugte mich bald, daß zu einer durchgreifenden Revision der allgemeinen Lehren ein unverhältnißmäßig großer Aufwand von Kraft und Zeit erforderlich wäre, der lieber der Ausarbeitung des besonderen Theiles zu Gute kommen mag. Hiezu trat die Erwägung, daß man einerseits einem Schriftsteller nicht wohl zumuthen kann, über eine so umfangreiche Arbeit nach verhältnißmäßig so kurzer Zeit mit sich selbst in's Gericht zu gehen, und daß es andererseits vielleicht nicht einmal zweckmäßig wäre, an einem Werk zu rütteln, welches zur Freude seines Verfassers eben im Begriffe steht, sich auch in der gemeinrechtlichen Literatur allgemeineren Eingang zu verschaffen. So mag denn das Buch in unveränderter Gestalt von neuem hinaustreten. Sollte der zweiten Auflage derselbe günstige Erfolg zu Theil werden wie der ersten, so wird dann wohl die Zeit gekommen sein, nach sorgfältigem Studium des besonderen Theiles und mit genauerer Kenntniß der Einzelheiten des Rechts den Kreislauf des Systems von neuem zu beginnen.

Wien, Ende Januar 1863.

Der Verfasser.

Inhalt.

Seite

Vorrede III

Einleitung.

I. Begriff und Umfang des österreichischen allgemeinen Privatrechts . 1

II. Quellen des österreichischen allgemeinen Privatrechts 5

III. Literatur des österreichischen allgemeinen Privatrechts 18

Allgemeiner Theil.

Erste Abtheilung. Das objective Privatrecht.

Erstes Capitel. Von den Rechtsquellen.

Einleitung §. 1 23

I. Gesetzesrecht.

A. Gesetze.

1. Begriff, Arten und Erforderniße der Gesetze §. 2 25

2. Kundmachung der Gesetze und Anfangspunkt der Wirksamkeit derselben §. 3 28

B. Autonomie §. 4 31

II. Gewohnheitsrecht §. 5 33

III. Juristenrecht §. 6 41

Zweites Capitel. Von der Beschaffenheit der Privatrechtsnormen.

I. Umfang der Privatrechtsnormen. Universelles und particuläres Gesetz. Allgemeines und individuelles Gesetz §. 7 45

II. Natur der Privatrechtsnormen. Regelmäßiges und singuläres Recht. Privilegien §. 8 49

III. Charakter und Inhalt der Privatrechtsnormen. Präceptiv- und Dispositivgesetze. Imperativ- und Permißivgesetze §. 9 53

Drittes Capitel. Von den Lücken im gegebenen Recht und der Ergänzung derselben.

I. Analogie §. 10 59

II. Naturrecht. Billigkeit §. 11 67

Viertes Capitel. Kritik und Auslegung der Privatrechtsgesetze.
I. Kritik §. 12 73
II. Auslegung der Gesetze.
A. Doctrinelle Auslegung §. 13 76
B. Gesetzliche Auslegung §. 14 96

Fünftes Capitel. Von der Aufhebung der Privatrechtsnormen.
I. Aufhebungsgründe §. 15 101
II. Umfang in welchem die Aufhebung wirkt §. 16 104

Sechstes Capitel. Von der Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen.
I. Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen auf den Staat und auf das Staatsoberhaupt §. 17. 108
II. Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen auf Einheimische und Fremde §. 18 111
III. Anwendbarkeit der Gesetze auf Rechtsunwissende §. 19 112

Siebentes Capitel. Von den zeitlichen und örtlichen Grenzen der Anwendbarkeit der Privatrechtnormen.
I. Von den zeitlichen und örtlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse.
A. Leitende Grundsätze §. 20 113
B. Erörterung der Hauptfälle §. 21 129
II. Von den örtlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse.
A. Leitende Grundsätze §. 22 149
B. Erörterung der Hauptfälle §. 23 163

Achtes Capitel. Das System des Privatrechts §. 24. 210

Zweite Abtheilung. Von den Personen.

Einleitung §. 25 230

Neuntes Capitel. Von den natürlichen Personen.
A. Existenz denselben
1. Anfang der natürlichen Persönlichkeit §. 26 231
2. Ende der natürlichen Persönlichkeit §. 27 235
Insbesondere von der Priorität des Todes §. 28. 249
B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.
I. Von der Rechtsfähigkeit im Allgemeinen §. 29. 252
II. Modificationen der Rechtsfähigkeit.
1. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Verschiedenheit der Religion §. 30 256

Seite

2. Minderung der Rechtsfähigkeit durch Ehrenminderung.
A. Hiſtoriſche Einleitung §. 31 261
B. Dogmatiſche Darſtellung §. 32 270
3. Minderung der Rechtsfähigkeit in Folge von Verbrechen §. 33 274
4. Minderung der Rechtsfähigkeit in Folge unbefugter Auswanderung §. 34 277
C. Andere juriſtiſch bedeutende Zuſtände und Eigenſchaften der Perſonen — Einleitung §. 35 279
I. Natürliche Zuſtände.
1. Geſchlecht §. 36 279
2. Alter §. 37 281
3. Geſundheit §. 38 288
II. Staatliche Zuſtände.
1. Staatsbürgerſchaft.
a) Erwerbung und Verluſt derſelben §. 39 291
b) Mangel der Staatsbürgerſchaft. Rechtszuſtand der Fremden §. 40 299
2. Standesverhältniſſe §. 41 307

Zehntes Capitel. Von den juriſtiſchen Perſonen.
I. Im Allgemeinen §. 42 319
II. Von den Corporationen §. 43 327
III. Von den Stiftungen §. 44 347

Dritte Abtheilung. Von den Sachen.

Eilftes Capitel.
I. Begriff der Sache. — Körperliche und unkörperliche Sachen. — Gegenwärtige und zukünftige Sachen §. 45 353
II. Privatrechtsfähigkeit der Sachen §. 46 362
III. Werth. Geld. Vermögen §. 47 371
IV. Juriſtiſch bedeutende Eigenſchaften der Sachen.
A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen §. 48 381
B. Verbrauchbarkeit der Sachen §. 49 401
C. Individuelle und Gattungsſachen. Vertretbarkeit §. 50 404
D. Theilbarkeit der Sachen §. 51 409
V. Verhältniß der Sache zu ihren Theilen und andern Sachen.
A. Ganzes und Theile. Einfache und zuſammengeſetzte Sachen §. 52 419
B. Haupt- und Nebenſachen.
1. Im Allgemeinen §. 53 427
2. Nebenſachen im eigentlichen Sinn (Acceſſionen, Zuwachs) §. 54 430
3. Pertinenzen, Zubehör im eigentlichen Sinn §. 55 435
C. Früchte §. 56 464
VI. Von den Sachgeſammtheiten §. 57 470

Vierte Abtheilung. Das subjective Privatrecht.

Seite

Zwölftes Capitel. Von dem subjectiven Privatrecht im Allgemeinen.

I. Begriff und Natur des Privatrechts im subjectiven Sinn §. 58. . . 489
II. Gegenstand, Inhalt u. Umfang der Wirksamkeit der Privatrechte §. 59 499

Dreizehntes Capitel. Haupt-Arten und Verschiedenheiten der Privatrechte.

I. Die angeblichen Personenrechte §. 60 504
II. Vermögensrechte.
A. Dingliche Rechte §. 61 511
B. Persönliche Rechte §. 62 539
C. Reallasten §. 63. 553
III. Personalrechte. Realrechte § 64 568
IV. Singuläre Rechte und Privilegien §. 65. 580
V. Selbständige und unselbständige Rechte §. 66 596
VI. Theilbarkeit der Rechte §. 67 607

Vierzehntes Capitel. Ausübung, Concurrenz und Collision der Rechte.

I. Ausübung der Rechte §. 68 612
II. Concurrenz der Rechte §. 69 618
III. Collision der Rechte §. 70 621

Anhang. Ueber den Entwickelungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. 635

Einleitung.

I. Begriff und Umfang des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

Über den Begriff des Privatrechts (bürgerliches Recht, Civilrecht) herrscht bis auf unsere Zeit herauf bekanntlich eine bedeutende Divergenz der Ansichten. Die ältere Doctrin pflegte diesen Begriff von ihrem überwiegend subjectiven Standpunkt aus auf den Begriff der Privatrechte d. h. auf den Begriff der einzelnen subjectiven und individuellen Berechtigungen und Verpflichtungen zu bauen und definirte, von dem Gesichtspunkt ausgehend, daß alles Recht Product der freien Willkür des Gesetzgebers sei, das Privatrecht im Gegensatz vom Staatsrecht gewöhnlich als den Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Unterthanen gegen einander haben [1].

1) So z. B. definirt Hellfeld, den Glück in seinem Pandektencommentar Bd I (2. Aufl. 1797) S. 87 anführt, das Staatsrecht als den Inbegriff solcher Gesetze, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten und der Unterthanen gegen einander bestimmt werden, und das Privatrecht als den Inbegriff solcher Gesetze, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen gegen einander selbst bestimmen. In gleicher oder ähnlicher Weise lauten die Definitionen von Höpfner Theoretisch-praktischer Commentar zu den Heineccischen Institutionen (8. Aufl. 1804) §. 38, dem wie gewöhnlich die Erklärung der römischen Institutionen nach dem Leitfaden des Heineccius und dem Geist der öffentlichen Vorlesungen an der Wiener Hochschule, Wien 1796 (künftig als Wiener Heineccius I citirt) S. 24. 25 folgt, Wening Encyclopädie der Rechtswissenschaften 1821 §. 156. 157, Thibaut System des Pandektenrechts (8. Aufl. 1834) §. 2, ja selbst noch von Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts Bd I (1834) §. 2, Makeldey Lehrb. des heutigen römischen Rechts 12. Ausg. (1842) I §. 8, Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd I (1843) S. 3 Nr. 13, Koch Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts Bd I (1845) §. 4, Reyscher Das gemeine und würtembergische Privatrecht 2. Aufl. (1849) I §. 4.

Diese Definition des Privatrechts stellt auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im §. 1 auf, welches nach Art eines naturrechtlichen Compendiums es für nothwendig hielt mit einer Definition zu beginnen, deren Bildung und Aufstellung wohl besser der wissenschaftlichen Theorie überlassen worden wäre. Der bezogene §. 1 definirt das Privatrecht als „den Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden“[2]. Daß diese Definition theils zu eng, theils zu weit sei, leuchtet von selbst ein, da einerseits nicht bloß die Einwohner des Staates, sondern auch der Staat selbst und Fremde in Privatrechtsverhältnissen stehen können, und da es andererseits manche Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich gibt, welche nicht in die Kategorie der Privatrechte und Privatverbindlichkeiten fallen[3]. — Erwägt man, daß alles Recht die Bestimmung hat gewisse Lebensverhältnisse und Lebensbeziehungen, in welchen die Menschen zu einander stehen, zu Rechtsverhältnissen[4] und Rechts-

2) Vgl. Josephinisches Gesetzb. I §. 1, Westgalizisches Gesetzb. I §. 9; vgl. auch Zeiller Das natürliche Privatrecht 3. Aufl. (1819) §. 14.

3) Gegen die Definitionen der älteren Doctrin hat sich mit Recht Wächter schon in seinem Handbuch des würtemberg. Privatrechts Bd I (1839) §. 1 erklärt und sich ebenso gegen die Definition des österr. Gesetzb. in seiner Schrift Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Königr. Sachsen (1853) S. 243—245 treffend ausgesprochen. Dagegen geht Wächter wohl zu weit, wenn er an der Möglichkeit der Aufstellung eines positiven Begriffs des Privatrechts verzweifelt und der Ansicht ist, daß sich dasselbe nur negativ als dasjenige Recht, welches nicht Staatsrecht ist, definiren lasse (Handb. I S. 5. 6). Gegen Wächter, dessen Ansicht sich übrigens schon bei Glück I S. 88 findet, vgl. auch Beseler System des gem. deutschen Privatrechts I (1847) §. 7 Note 1. — Unsere österreichischen Schriftsteller finden in der Regel an der Definition des §. 1 a. b. G. B. nichts auszusetzen (vgl. z. B. den neuesten Schriftsteller Stubenrauch Commentar I S. 60. 61) und rechnen zu den „Einwohnern des Staats“ ohne weiters auch den Staat selbst und die Fremden (z. B. Winiwarter Commentar I S. 49, Stubenrauch I S. 61 u. A.) d. h. sie verstehen unter Einwohnern auch die Nichteinwohner.

4) Unter einem Rechtsverhältniß versteht man ein Verhältniß, welches Gegenstand rechtlicher Normirung ist; dadurch unterscheidet sich das Rechtsverhältniß von anderen Lebensverhältnissen z. B. einem rein sittlichen Verhältniß, einem Freundschaftsverhältniß u. s. f. Der Ausdruck Rechtsverhältniß wird bald in abstracto gebraucht, um das Rechtsverhältniß (z. B. die Ehe, den Darleihensvertrag) zu bezeichnen, bald in concreto, um das individuelle Rechtsverhältniß, in welchem gewisse bestimmte Personen stehen, zu bezeichnen (z. B. einen Darleihensvertrag, welchen A und B geschlossen haben); vgl. Beseler I §. 5, Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht (1851) §. 41. Insofern das concrete

beziehungen zu erheben[5], daß diese Verhältnisse und Beziehungen es sind, welche die objective Grundlage des Rechts ausmachen, und daß somit die Rechtsverhältnisse das Bestimmende, die einzelnen Rechte nur der durch sie bestimmte Inhalt sind, so wird man davon abgehen, den Begriff des Rechts im objectiven Sinne auf den Begriff der subjectiven Rechte und Verbindlichkeiten, also im vorliegenden Fall den Begriff des Privatrechts auf den der Privatrechte zu bauen und zum Ausgangspunkte der Begriffsbildung eines Rechtszweigs die Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse wählen[6]. Hiernach wird das Privatrecht im objectiven Sinne zunächst die Gesammtheit jener Rechtssätze[7] sein, welche die Privatrechtsverhältnisse der Menschen regeln und normiren. Als Privatrechtsverhältnisse erscheinen aber (wie dieß schon der Ausdruck Privat bedeutet) jene Verhältnisse, welche sich auf das Dasein und die besondern Zustände des Menschen als Einzelnen beziehen[8], in welchen der Mensch als Privat-

individuelle Rechtsverhältniß Gegenstand einer rechtlichen Beurtheilung wird, erscheint es als Rechtsfall und alles Urtheil besteht in der Subsumtion einer concreten Rechtsbeziehung unter eine bestimmte Rechtsregel. — Die Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller über den Begriff des Rechtsverhältnisses gehen ziemlich auseinander, indem Einige (wie z. B. Savigny System des heutigen römischen Rechts. 1840 Bd I §. 4. 5, Bluhme Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte 2. Aufl. 1854 I §. 11) diesen Begriff bloß auf das Rechtsverhältniß in concreto beziehen, während Andere (wie z. B. Stahl Die Philosophie des Rechts Bd II 3. Aufl. 1854 S. 293. 294, Ahrens Juristische Encyclopädie 1855 I S. 48—50) unter Rechtsverhältniß bloß das Rechtsverhältniß in abstracto verstehen.

5) Diese Erhebung darf man sich nur nicht als eine rein äußerliche, mechanische vorstellen; das Recht tritt nicht als ein selbständiger Hebel von außen an die Lebensverhältnisse heran, sondern in den Lebensverhältnissen selbst liegt die Macht, welche sie zu Rechtsverhältnissen gestaltet. Die Rechtsverhältnisse und die Rechtsinstitute werden nicht mechanisch durch den Gesetzgeber producirt und geordnet, sondern umgekehrt gehen vielmehr die Rechtssätze aus den Rechtsverhältnissen organisch hervor.

6) Vgl. Beseler System I §. 5—7, Bluhme Encyclopädie I §. 11, Thöl Einleitung §. 32 und insbesondere Stahl Rechtsphilosophie II S. 279—306, dem man in vielen Punkten beistimmen kann, ohne deßhalb irgendwie seine philosophischen Grundlagen zu billigen oder seine staatsrechtlichen Anschauungen zu theilen.

7) Rechtssatz ist die einzelne geltende Rechtsregel, Rechtsprincip der leitende Gedanke, der Fundamentalsatz, welcher der Bildung des einzelnen Rechtssatzes oder einem ganzen Rechtsinstitut zu Grunde liegt; so z. B. beruht das österreichische Hypothekenwesen auf dem Princip der Publicität und Specialität; vgl. Bluhme Encyclop. I §. 10, Thöl Einleit. §. 38.

8) l. 1 D. de justit. et jure (1, 1): Publicum jus est quod ad statum reipublicae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem spectat. Vgl.

person[9] steht, um in ihnen sein individuelles Leben zu vollführen. Hiernach ist das Privatrecht die Gesammtheit der Rechtssätze, welche die Rechtsverhältnisse der Privatpersonen regeln, d. h. die Verhältnisse normiren, in welchen die Personen als Vermögenssubjecte und als Familienglieder stehen[10].

Als Rechtssatz kann nur jene Regel erscheinen, welche durch ihr äußeres Dasein Geltung und zwingende Macht hat: was nach der individuellen Überzeugung Einzelner Regel sein sollte, was nach dem subjectiven Dafürhalten der Einzelnen die Norm eines Verhältnisses zu bilden hätte, das ist eben nicht wirkliche geltende Norm und Regel d. h. nicht Recht. M. a. W. alles Recht ist positiv[11]; es gibt wohl eine Rechtsphilosophie d. h. nicht nur eine Philosophie des positiven Rechts, sondern auch eine Wissenschaft der Forderungen der Vernunft an das Recht[12], aber es gibt kein Vernunftrecht, kein Naturrecht. — Das positive Recht ist sowohl ein verschiedenes Recht der verschiedenen Völker, als ein innerhalb desselben Staates zu verschiedenen

---

Savigny System I §. 6, Stahl Rechtsphilos. II S. 300 fg., Beseler System I §. 6.

9) Einen ganz eigenthümlichen nicht zu billigenden Begriff von Privatperson und daher auch von Privatrecht stellt Falck Juristische Encyclop. (5. Aufl. 1851) §. 21. 26 fg. auf. — Ebensowenig kann ich mich anderseits mit den Unterscheidungen befreunden, welche Berger Privatrecht und bürgerl. Recht nach ihrem begrifflichen Unterschiede und ihrer systematischen Gliederung (Zeitschr. f. österreich. Rechtsgelehrsamkeit 1846 I S. 1—16) machen will, indem er unter bürgerlichem Recht bloß das Vermögensrecht versteht und unter Privatrecht das Familien-, Vermögens- und Gemeinderecht begreift.

10) Die Definition des Privatrechts muß, wenn sie nicht eine bloße Nominal-, sondern eine Realdefinition sein soll, die Angabe der Rechtsverhältnisse zu ihrem Inhalt haben, deren Regelung und Normirung eben die Aufgabe des Privatrechts ist. — Im Wesentlichen stimmt die im Text gegebene Definition mit der von Thöl Einleit. §. 44 aufgestellten überein.

11) Vgl. insbes. Stahl Rechtsphilos. II S. 221 fg.

12) Die Rechtsphilosophie in diesem Sinn, welche nicht mit Hülfe eines abstracten Rationalismus und aus leeren Verstandeskategorien, sondern aus der Erforschung der in der Geschichte der Menschheit sich offenbarenden Ideen ihre Resultate zu gewinnen sucht, verhält sich zum geltenden Recht wie das Ideal zur Wirklichkeit; wie die Zukunft zur Gegenwart: sie stellt die Forderungen auf, welche im Lauf der Zeit zu realisiren sind. In der rechtsphilosophischen Arbeit spricht sich das Bewußtsein des einzelnen Denkers von dem was Recht sein soll aus; gelingt es ihm für diese seine Anschauung in weiteren Kreisen Anhänger zu finden, so wird seine individuelle Überzeugung allmälig zum allgemeinen Rechtsbewußtsein, und was nach seiner Ansicht Recht sein soll wird allmälig auf dem Weg der Gewohnheit und der Gesetzgebung wirkliches geltendes Recht.

Zeiten verschiedenes [13]. Den Gegenstand dieses Werkes bildet das heutige österreichische Privatrecht.

Das Privatrecht ist der Inbegriff der Rechtsnormen, durch welche alle Rechtsverhältnisse, in welchen die Privatpersonen zu einander stehen, geregelt werden. Die Rechtsregeln, welche sich für gewisse Classen von Personen und Rechtsverhältnissen gebildet haben, pflegt man bei der Wichtigkeit des Gegenstandes einer besondern Darstellung vorzubehalten. Hierauf beruht der Unterschied des allgemeinen und des besondern Privatrechts [14]. Den Gegenstand dieses Werkes bildet nur das allgemeine österreichische Privatrecht; von der folgenden Darstellung bleibt demnach sowohl das Privatfürstenrecht und das Militärprivatrecht, als das Handels-, Wechsel-, Berg-, See- und Lehenrecht ausgeschlossen.

II. Quellen des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

Die Quellen des heutigen österreichischen allgemeinen Privatrechts sind das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Jahr 1811, gewisse ältere politische Verordnungen und die später erschienenen sich auf das Gesetzbuch beziehenden nachträglichen Verordnungen [1].

A. 1. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ist das Resultat der Codifications-Bestrebungen, welche bereits mit der Mitte des vorigen Jahrhunderts ihren Beginn nehmen [2]. Schon im Jahre 1753 berief Kaiserin Maria Theresia eine Commission von Justizmännern aus Böhmen, Mähren, Schlesien, Vorderösterreich, Ober- und Niederösterreich und Steiermark nach Brünn (s. g. Compilationscommission), um ihren Gedanken, „allen ihren Erbländern ein sicheres gleiches Recht und eine gleichförmige rechtliche Verfahrungsart zu geben", zu realisiren. Diese Commission erhielt die Wei-

13) Über diese Veränderlichkeit des Rechts vgl. Puchta Cursus der Institutionen (3. Aufl. 1851) I §. 19. 20.

14) Bluhme Encycl. I §. 20.

1) Über die systematische Stellung dieser Partie vgl. Wächter Handb. I §. 118 insbes. S. 1061 Not. 1.

2) Über die Entstehungsgeschichte des bürgerl. Gesetzb. vgl. insbes. Zeiller Jährliche Beiträge zur Gesetzeskunde und Rechtswissenschaft in den österreich. Staaten Bd I (1806) Abh. I S. 1—70; s. auch Robiersky Kurze Darstellung der Entstehung des österreich. Gesetzbuchs sammt dem Kundmachungspatent. Wien 1812.

sung, „bei Abfassung des Coder sich einzig auf das Privatrecht zu beschränken, soviel möglich das bereits übliche Recht beizubehalten, die verschiedenen Provinzialrechte, insofern die Verhältnisse es gestatteten, in Übereinstimmung zu bringen, dabei das gemeine Recht und die besten Ausleger desselben, so wie auch die Gesetze anderer Staaten zu benützen und zur Berichtigung und Ergänzung stets auf das allgemeine Recht der Vernunft zurückzusehen.“ Den einzelnen Mitgliedern der Commission wurde noch überdieß insbesondere aufgetragen, „außer der Gleichförmigkeit der Gesetze und Beschleunigung der Arbeit dafür zu sorgen, daß die in allen Erblanden eingeschlichenen Mißbräuche, Vorurtheile, der Schlendrian der abusive s. g. Gerichtsordnung und die Verzögerungen abgestellt und die angefochtene Unschuld wider die gewöhnlichen Advocatenkünste für das Künftige geschützt werde.“ — Die Compilationscommission sollte zuerst einen Plan des ganzen Gesetzbuchs entwerfen, sohin die Bearbeitung der einzelnen Materien unter ihre Mitglieder vertheilen und über die gelieferten Arbeiten gemeinschaftlich berathen. Der zu Stande gebrachte Entwurf sollte der Revisionscommission in Wien unterbreitet werden; diese sollte ihre Bemerkungen wieder jener Commission mittheilen; über die Punkte, über die man sich nicht vereinen könnte, sollte die a. h. Schlußfassung eingeholt werden.

Professor Azzoni aus Prag entwarf den Plan des ganzen Werks, welches in drei Theile (Personen-, Sachen- und Obligationenrecht) zerfallen sollte. Dieser Plan wurde a. h. Ortes genehmigt; zugleich wurde gegen den Antrag der Commission die Ausarbeitung nur Einem Mitglied zu übertragen die Vertheilung der Arbeit unter die verschiedenen Mitglieder anbefohlen. Diese gingen nun zwar sogleich ans Werk; es zeigte sich jedoch bald eine solche Meinungsverschiedenheit sowohl unter den Mitgliedern der Compilationscommission, als zwischen dieser und der Revisionscommission, daß nach drei Jahren kaum der erste Theil zu Stande kam. Die Commission wurde zufolge der von ihr selbst erhobenen Bedenken nunmehr aufgelöst und die Ausführung der Arbeit bloß den zwei Commissionsmitgliedern Professor Azzoni und Hofrath Holger übertragen, die zu diesem Behuf nach Wien berufen wurden. Als Azzoni 1760 starb, trat an seine Stelle Hofrath Zenker, der nunmehr die Bearbeitung des Civilcoder übernahm, während Holger seine Thätigkeit der Aus-

arbeitung des Criminalcoder zuwandte. Im Jahre 1767 kam der Entwurf in acht Foliobänden zu Stande.

Dieser Entwurf, welcher größtentheils aus den Commentaren über das römische Recht zusammengetragen und in einen schleppenden schwerfälligen Stil eingekleidet war, erhielt die a. h. Genehmigung nicht. Maria Theresia befahl vielmehr 1772 über Antrag des Ministers Kaunitz, es solle aus jenem Werk ein Auszug gemacht werden, für welchen folgende Grundsätze maßgebend sein sollten: „1) soll das Gesetzbuch und Lehrbuch nicht mit einander vermengt, mithin alles, was nicht in den Mund des Gesetzgebers, sondern ad cathedram gehört, aus dem Coder weggelassen; 2) alles in möglichster Kürze gefaßt, die casus rariores übergangen, die übrigen aber unter allgemeinen Sätzen begriffen; jedoch 3) alle Zweideutigkeit und Undeutlichkeit vermieden werden; 4) in den Gesetzen selbst soll sich nicht an die römischen Gesetze gebunden, sondern überall die natürliche Billigkeit zum Grunde gelegt; endlich 5) die Gesetze soviel möglich simplificirt, daher bei solchen Fällen, welche wesentlich einerlei sind, wegen einer etwa unterwaltenden Subtilität nicht vervielfältigt werden." Der Regierungsrath Horten, derselbe welcher später das Ehepatent vom 16. Jänner 1783 und das Erbfolgepatent vom 11. Mai 1786, welches der gegenwärtigen Gesetzgebung über die Intestaterbfolge zu Grunde liegt, ausarbeitete, ward mit der Abfassung jenes Auszugs betraut. Horten brachte erst nach dem Tode Marien Theresiens 1782 den ersten Theil mit den von ihm vorgeschlagenen Abänderungen zum Vortrag.

Dieser erste Theil ward unter Kaiser Joseph II. einer neuerlichen Umarbeitung durch den Hofrath Keeß unterzogen, hierauf mit Patent vom 1. November 1786 publicirt und trat in den gesammten deutschen Provinzen vom 1. Jänner 1787, in Galizien vom 1. Mai 1787 an in Wirksamkeit. Dieß ist das s. g. Josephinische Gesetzbuch, welches nur den I. Theil das Personenrecht in fünf Hauptstücken enthält[3] und dessen Fortsetzung nicht erschien,

3) Das erste Hauptstück in 27 §§ handelt „von den Gesetzen"; das zweite in 9 §§ von den Rechten der Unterthanen überhaupt"; das dritte in 126 §§ „von den Rechten zwischen Eheleuten"; das vierte in 33 §§ „von den Rechten zwischen Eltern und Kindern"; das fünfte in 98 §§ „von den Rechten der Waisen und anderer, die ihre Geschäfte selbst nicht besorgen können."

so daß es daher in Ansehung aller übrigen Theile des Privatrechts beim Bisherigen blieb.

Nach Kaiser Josephs Tode organisirte Kaiser Leopold von Neuem die Hofcommission in Gesetzessachen, übergab das Präsidium derselben dem berühmten Naturrechtslehrer und Justizpräsidenten Freiherrn von Martini und ordnete die Abfassung eines neuen Entwurfs des Civilgesetzbuchs an. Martini brachte 1794 unter der Regierung Kaiser Franz I. (damals noch Franz II.) den ersten Theil, in den Jahren 1795, 1796 die zwei andern Theile zu Stande. Dieser Entwurf wurde in Druck gelegt und zufolge a. h. Cabinetsschreibens vom 20. November 1796 in jeder Provinz einer eigens dazu bestellten Commission[4] und den juridischen Lehrerversammlungen an den Universitäten zur Beurtheilung vorgelegt[5]. Jener Entwurf wurde aber auch sofort durch Patent vom 18. Februar 1797 in den mittlerweile an Österreich gelangten westlichen Theilen des Königreichs Polen unter dem Namen des westgalizischen bürgerlichen Gesetzbuchs und bald darauf mit Hofdecret vom 8. Sept. 1797 auch in Ostgalizien als Gesetz eingeführt[6].

---

4) Diese Commissionen bestanden aus Räthen der Landesstelle, des Appellationsgerichts, des Magistrats und aus Mitgliedern der Landstände unter Vorsitz des Appellationsgerichts- oder Landrechtspräsidenten; vgl. Zeiller Beiträge I S. 27 Note *.

5) Von der anfänglich gefaßten Idee Preise auf die beste Beurtheilung des Entwurfs auszuschreiben kam man später wieder ab; vgl. Zeiller Beitr. I S. 29 Note **.

6) Dieser „Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs" besteht aus drei Theilen, deren jeder ohne besondere Überschrift in Hauptstücke und fortlaufend gezählte Paragraphe zerfällt. Der I. Theil umfaßt 6 Hauptstücke in 299 §§; das erste Hauptstück handelt „von Rechten und Gesetzen überhaupt"; das zweite „von den Rechten der Personen"; das dritte „von den Rechten der Eheleute"; das vierte „von den Rechten zwischen Eltern und Kindern"; das fünfte „von den Vormundschaften und Curatelen"; das sechste „von den Rechten und Pflichten zwischen Herrschaften und Dienstpersonen." Der II. Theil zerfällt in 19 Hauptstücke mit 676 §§; das erste Hauptstück handelt „von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung"; das zweite „vom Besitz"; das dritte „vom Eigenthumsrecht"; das vierte „von Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung"; das fünfte „von Erwerbung des Eigenthums durch Anwachs und Zuwachs"; das sechste „von Erwerbung des Eigenthums durch Übergabe"; das siebente „von dem getheilten Eigenthum"; das achte „vom Pfandrecht"; das neunte „von Servituten oder Dienstbarkeiten"; das zehnte „vom Erbrecht"; das eilfte „von letztwilligen Verordnungen"; das zwölfte „von Nacherben und Fideicommissen"; das dreizehnte „von Vermächtnissen"; das vierzehnte „von Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens"; das fünfzehnte „vom

Bis zum Ende des Jahres 1801 hatten die verschiedenen Provinzialcommissionen ihre Arbeit beendigt. Der Entwurf wurde nun von einer aus Hofräthen der Justiz- und politischen Hofstelle zusammengesetzten Commission unter dem Vorsitz des Staatsministers Grafen von Rottenhann abermals geprüft. Der berühmte Naturrechtslehrer Zeiller war Referent; er schlug mit Berücksichtigung der eingegangenen Erinnerungen die betreffenden Abänderungen vor. Die Berathschlagungen dieser Commission wurden im Jahr 1806 geschlossen. Der Entwurf wurde nun nochmals einer genauen Durchsicht unterzogen; zu dieser Revision wurden neue Mitglieder erwählt, denen Zeiller als Referent seine Vorschläge schriftlich mittheilte. Mit dieser Revision kam man im Jahr 1808 zu Stande und der revidirte Entwurf wurde nunmehr sammt den Berathschlagungsprotokollen anfangs des Jahrs 1808 der a. h. Schlußfassung unterbreitet. Bevor diese erfolgte, ward der Entwurf erst noch im Staatsrath geprüft und in demselben nach einer von dem Staats- und Conferenzrath Pfleger von Wartenau mit mehreren Mitgliedern der Hofcommission gepflogenen Rücksprache einige Abänderungen getroffen. Am 7. Juli 1810, also ungefähr 60 Jahre nach Beginn der Vorarbeiten, erhielt der Entwurf die Sanction des Monarchen und wurde mit Patent vom 1. Juni 1811 als allgemeines bürgerliches Gesetzbuch kundgemacht.

2. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hat zu seinem Inhalt

---

Erbverträge"; das sechzehnte „von der gesetzlichen Erbfolge"; das siebzehnte „vom Pflichttheil"; das achtzehnte „von der Verlassenschaftsabhandlung"; das neunzehnte „von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte". Der III Theil zerfällt in 19 Hauptstücke mit 688 §§; das erste Hauptstück handelt „von Verträgen überhaupt"; das zweite „von Schenkungen"; das dritte „von Verleihungs- und Darleihungsverträgen"; das vierte „von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen"; das fünfte „vom Tausch"; das sechste „vom Kauf und Verkauf"; das siebente „vom Bestand oder Mieth- und Pachtverträgen"; das achte „von zinsbaren Anleihens- und Dingungsverträgen"; das neunte „von den Gesellschaftsverträgen"; das zehnte „von den Ehepacten"; das eilfte „von Glücks- und Wagverträgen"; das zwölfte „von vermutheten Verträgen" (d. i. Quasicontracten); das dreizehnte „von dem Verschulden"; das vierzehnte „von Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen und auf Nebengebühren"; das fünfzehnte „von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten"; das sechzehnte „von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten"; das siebzehnte „von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten"; das achtzehnte „wie Sachen ersessen und verjährt werden"; das neunzehnte „von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand."

jene Privatrechtsnormen, welche für alle Personen und Sachen unter gleichen Verhältnissen gelten; es sind somit die das allgemeine Privatrecht (jus generale) ausmachenden Rechtssätze in demselben enthalten[7]. Das besondere Privatrecht (jus speciale), welches die objectiven Normen für besondere einzelne Classen von Personen und Sachen aufstellt (vgl. Nr. I) ist von dem gegenständlichen Umfang des Gesetzbuchs ausgeschlossen. In Ansehung der für den Militärstand geltenden besonderen Privatrechtsnormen sagt dieß ausdrücklich das Kundmachungspatent vom 1. Juni 1811 im Artikel VII, womit fast wörtlich Artikel X Absatz 2 des Kundmachungspatents vom 29. November 1852 übereinstimmt[8]; in Ansehung des Lehenrechts der §. 359 des bürgerlichen Gesetzbuchs[9]; in Ansehung des Handels- und Wechselrechts der Art. VII des Kundmachungspatents vom 1. Juni 1811 (vgl. §. 1492 a. b. G. B.) und übereinstimmend hiermit Art. XI des Kundmachungspatents vom 29. Novbr. 1852[10]; in Ansehung des Bergrechts der §. 1277; in Ansehung des Seerechts der §. 1292 des bürgerlichen Gesetzbuchs. — Das bürgerliche Gesetzbuch normirt den angegebenen Gegenstand in 1502 Paragraphen, welche fortlaufend gezählt werden. Der äußerlichen Anordnung nach zerfällt das Gesetzbuch in eine Einleitung (mit 14 Paragraphen) und in drei Theile, deren erster „von dem Personenrecht" überschrieben in vier Hauptstücke

---

7) Daher die Bezeichnung „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch". Winiwarter Commentar I S. 48 findet diesen Ausdruck mit Unrecht pleonastisch; vgl. gegen ihn Stubenrauch I S. 61.

8) Die bezogenen Artikel VII u. X bestimmen, daß die „für den Militärstand und für die zum Militärkörper gehörigen Personen bestehenden besondern auf das Privatrecht sich beziehenden Vorschriften auch dann zu beobachten sind, wenn in dem Gesetzbuch nicht ausdrücklich darauf hingewiesen worden ist." Solche Hinweisungen finden sich in den §§. 54. 402. 600 a. b. G. B. Das Nähere hierüber gehört in die Darstellung des Militärprivatrechts.

9) Die Frage, ob das römische Recht oder das allgem. bürgerl. Gesetzbuch als Subsidiarquelle des Lehenrechts zu betrachten sei, welche von unsern Schriftstellern in ihren Commentaren des bürgerl. Gesetzbuchs besprochen zu werden pflegt (vgl. z. B. Stubenrauch I S. 28), gehört nicht hierher, sondern ist dem System des österreichischen Lehenrechts zu überlassen.

10) Das in der vorhergehenden Note Gesagte gilt in ähnlicher Weise in Ansehung der Frage, ob das römische Recht oder das allgem. bürgerl. Gesetzbuch Subsidiarquelle des heutigen österreich. Handelsrechts sei, eine Frage, welche die Commentatoren des bürgerl. Gesetzbuchs (vgl. z. B. Winiwarter I S. 39, Stubenrauch I S. 40—43) mit Unrecht in ihr Bereich ziehen.

zerfällt, während der zweite Theil „von dem Sachenrechte" in zwei Abtheilungen (erste Abtheilung „von den dinglichen Rechten" mit sechzehn Hauptstücken, zweite Abtheilung „von den persönlichen Sachenrechten" mit vierzehn Hauptstücken) und der dritte Theil mit der Überschrift „von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte" in vier Hauptstücke zerfällt[11].

3. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch wurde mit Kundmachungspatent vom 1. Juni 1811 in allen zu dieser Kriegszeit zu Österreich gehörigen Provinzen, mit Ausnahme von Ungarn sammt dessen Nebenländern und Siebenbürgen, eingeführt und trat in diesen Ländern vom 1. Jänner 1812 an in Wirksamkeit. Als später die im Jahr 1811 abgerissen gewesenen Landestheile wieder mit dem Kaiserstaat vereinigt wurden und in Folge des pariser Friedens einige neue Erwerbungen hinzukamen, wurde auch in diesen Ländern das bürgerliche Gesetzbuch eingeführt[12]. Als in Folge der neuesten politischen Ereignisse die provinziellen Schranken hinwegfielen, welche Ungarn und dessen ehemalige Nebenländer so wie Siebenbürgen von Österreich trennten, und der Gedanke der politischen Einheit des gesammten Kai-

---

11) Das bürgerliche Gesetzbuch vom Jahr 1811 unterscheidet sich vom Entwurf desselben, dem s. g. westgalizischen Gesetzbuch (vgl. Not. 6), sowohl in der äußeren Anordnung als in vielen Punkten auch in materieller Beziehung. Der Entwurf zählt um 111 Paragraphe mehr als das Gesetzbuch; dieser geringe Umfang erklärt sich daraus, daß manche Partieen des Entwurfs z. B. das 6. Hauptst. des I. Theils über die Rechte und Pflichten zwischen Herrschaft und Dienstpersonen im Gesetzbuch gänzlich ausgelassen und die Regelung dieser Verhältnisse den s. g. politischen Gesetzen überlassen wurde; ferner aus dem Umstand, daß das Gesetzbuch es mit Recht unterließ eine einleitende naturrechtliche Abhandlung über das was Recht ist, wie das Recht entsteht u. s. f. zu geben, wie sie sich im 1. Hauptst. I. Thl. des westgaliz. Gesetzb. findet, und daß es sich überhaupt zum offenbaren Vortheil der Sache aller Motivirung enthielt und sich kurz und präcis zu fassen suchte. Die materiellen Unterschiede z. B. in Ansehung der Erbverträge, der restitutio in integrum, der Ersitzung und Verjährung u. s. f. werden im System am gehörigen Orte angegeben werden. — Eine äußerliche Zusammenstellung des Gesetzb. vom Jahr 1811 mit dem Entwurf und dem Josephinischen Gesetzbuch enthält die Schrift von Wittig Das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch für die deutschen Länder der österreich. Monarchie mit den beiden vorhergehenden — verglichen (Wien 1829), wovon nur der I. Band erschien.

12) Eine genaue tabellarische Zusammenstellung findet sich bei Michel Handbuch I S. II und in der allgem. österr. Gerichtszeitung 1855 Nr. 120, wo aber bei Croatien u. s. f. irrigerweise als Datum des Kundmachungspatents der 1. November 1852 statt des 29. Novemb. angegeben ist.

ſterreichs zum leitenden wurde, ward beſchloſſen die Einheit auch auf dem Gebiet des Civilrechts und der Civilrechtspflege durchzuführen und das a. h. Cabinetsſchreiben vom 31. December 1851 (R. G. B. 1852 Nr. 4) ſprach im Art. 38 den Willen des Monarchen aus, daß das allgemeine bürgerliche Geſetzbuch „auch in jenen Ländern, in welchen es dermalen noch nicht Geltung habe, nach und mit den angemeſſenen Vorbereitungen, dann mit Beachtung der eigenthümlichen Verhältniſſe derſelben eingeführt werden ſolle.“ Dieſer Willensentſchluß ward in kurzer Zeit realiſirt. Mittelſt Patents vom 29. November 1852 wurde das allgem. bürgerl. Geſetzbuch in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und dem Temeſer Banat eingeführt und trat in dieſen Ländern vom 1. Mai 1853 in Wirkſamkeit; mittelſt Patents vom 29. Mai 1853 ward es in Siebenbürgen eingeführt und trat am 1. September 1853 in Wirkſamkeit[13]; mittelſt Patents vom 23. März 1853 endlich ward es in Krakau eingeführt und trat hier mit dem 29. September 1855, als dem Tage an welchem die neuorganiſirten Gerichte ihre Thätigkeit begannen, in Wirkſamkeit. — Der örtliche Umfang, in welchem das allg. bürgerl. Geſetzbuch gilt, fällt demnach heutzutage mit dem Territorialumfang des öſterreichiſchen Kaiſerſtaates zuſammen.

4. Wo immer das bürgerl. Geſetzbuch eingeführt wurde, da trat es an die Stelle aller bisherigen das allgemeine Privatrecht betreffenden Geſetze und gewohnheitsrechtlichen Normen[14]. Das neue Geſetzbuch trat alſo zu dem bis dahin beſtehenden in den verſchiedenen Landestheilen verſchiedenen Privatrecht nicht bloß als ergänzende ſubſidiäre Rechtsquelle hinzu, ſondern das ältere Recht wurde gänz-

---

13) Vgl. Stubenrauch Über die Einführung des a. b. G. B. in Ungarn, Croatien, Slavonien u. ſ. f. in der allgem. öſterr. Gerichtszeit. 1852 Nr. 147, 1853 Nr. 1—5.

14) Art. IV des Kundmachungspat. vom 1. Juni 1811, Art. I des Kundmachungspat. vom 29. Nov. 1852 und 29. Mai 1853, Kundmachungspat. vom 23. März 1852. — Eine Darſtellung der in den verſchiedenen Provinzen zur Zeit der Einführung des bürgerl. Geſetzbuchs beſtandenen Rechtsquellen und Rechtsſätze gehört nicht an dieſen Ort, ſondern hat den Abſchluß der Rechtsgeſchichte der einzelnen Provinzen zu bilden. — Eine rein äußerliche Zuſammenſtellung der Rechtsſätze des bürgerl. Geſetzbuchs mit den in den deutſchen Erbländern früher beſtandenen enthält Linden Das früher in Öſterreich üblich gemeine und einheimiſche Recht nach der Paragraphenfolge des neuen bürgerl. Geſetzbuchs. Wien 1815—1820. 3 Bde.

lich aufgehoben und das Geſetzbuch zur alleinigen und ausſchließlichen Rechtsquelle gemacht. Man hatte zwar bei der Abfaſſung des bürgerl. Geſetzbuchs die Abſicht, die Provinzialſtatuten[15] nach dem Vorbild der preußiſchen Geſetzgebung zu ſammeln und ihnen eine gewiſſe Wirkſamkeit zu belaſſen (vgl. §. 11 a. b. G. B.); ſie ſollten von den Provinzialcommiſſionen geſammelt und dem Landesfürſten zur Beſtätigung vorgelegt werden. Wie die meiſten Commentatoren[16] verſichern, ſoll man ſich überzeugt haben, daß die Provinzialſtatuten meiſt politiſche Vorſchriften enthielten, welche ohnehin durch das bürgerliche Geſetzbuch nicht aufgehoben worden ſeien, daß aber die privatrechtlichen Beſtimmungen keine weſentlichen Abweichungen vom bürgerlichen Geſetzbuche darboten, welche ſich zur Aufrechterhaltung geeignet hätten. In der That aber dürfte eher das Streben nach definitiver und gleichförmiger Feſtſetzung des Privatrechts überwogen und dem Geiſt der Zeit entſprechend das Abſchaffen aller provinziellen Unterſchiede herbeigeführt haben[17]. Durch Hofdecret vom 13. Juli 1811 wurde erklärt, daß „Seine Majeſtät keinem beſondern Recht oder Statuten für die einzelnen Provinzen neben dem allg. bürgerl. Geſetzb. ſtattzugeben befunden haben." — Von dem Grundſatz, daß das allg. bürgerl. Geſetzb. überall in allen durch dasſelbe geregelten Beziehungen an die Stelle des bisherigen Rechts zu treten habe, wurde bei der Einführung desſelben in den Königreichen Ungarn, Croatien und Slavonien, in der Woiwodſchaft Serbien und im Temeſer Banate die Ausnahme gemacht, daß die bisherigen Vorſchriften über die giltige Abſchließung und die Verhandlung über die Ungiltigkeit einer Ehe, über die Scheidung von Tiſch und Bett und die

15) Das Wort Statut bedeutet im weiteren Sinn jede geltende Rechtsnorm und iſt in ſo fern gleichbedeutend mit Geſetz. In der Regel aber wird es in einem engern Sinn gebraucht, um das particuläre Recht eines Gebiets im Gegenſatz zum gemeinen Recht (jus universale) zu bezeichnen. So nennt man die deutſchen Particularrechte ſtatutariſche Rechte im Gegenſatz zum gemeinen Recht, ſpricht von einer portio statutaria u. ſ. f., vgl. Cod. Max. Bav. I 2 §. 13; Savigny Syſtem VIII S. 24 fg., Wächter II §. 11 Note 1. — Gegen die Bezeichnung des Particularrechts als eines ſtatutariſchen hat man ſich als der Würde desſelben nicht entſprechend früher öfter geſträubt; vgl. z. B. Groß Einleit. zu den prakt. Vorleſ. Prag 1777.

16) Vgl. Schuſter I S. 187. 188, Winiwarter I S. 93, Stubenrauch I S. 102.

17) Vgl. Zeiller Beiträge I S. 61, Comment. I S. 82. 83.

Trennung der Ehe in Ansehung der dem Civilstande angehörigen Unterthanen dieser Kronländer, welche sich zur römisch-katholischen, zur griechisch-unirten und nichtunirten Religion bekennen, fortwährend in Wirksamkeit zu bleiben haben; die betreffenden Vorschriften des 2. Hptstcks. des allg. bürgerl. Gesetzbuchs kommen somit in diesen Kronländern nicht zur Anwendung (Art. III des Kundmachungspat. vom 29. Novbr. 1852). Die gleiche Bestimmung jedoch in Ansehung aller christlichen Religionsbekenntnisse wurde bei der Einführung des allg. bürgerl. Gesetzbuchs in Siebenbürgen getroffen (Art. III des Kundmachungspat. vom 29. Mai 1853).

5. Das bürgerliche Gesetzbuch ist in deutscher Sprache abgefaßt. Dieser deutsche Text ist als Urtext anzusehen[18], wonach die officiell veranstalteten Übersetzungen[19] in die verschiedenen Landessprachen der österreichischen Kronländer zu beurtheilen sind.

Der Originaltext des bürgerl. Gesetzbuchs erschien zuerst im Jahr 1811 in der Hof- und Staatsdruckerei im Großoctavformat. Eine zweite ähnliche Ausgabe erschien noch im selben Jahre, welche hauptsächlich durch die Berichtigung des §. 591 erkennbar ist. Eine amtliche Ausgabe in Kleinoctav erschien im Jahr 1814; sie ist aber durch viele Druckfehler entstellt. In neuester Zeit erschien eine sorgfältig durchgesehene amtliche Ausgabe des a. b. G. B. für Ungarn, Croatien, Slavonien u. s. f. mit dem Kundmachungspatent vom 29. Nov. 1852 und versehen mit einem Anhang, in welchem sich die auf das Gesetzbuch beziehenden nachträglichen Verordnungen befinden. Eine ähnliche amtliche Ausgabe sammt Anhang erschien für Siebenbürgen.

B. Durch die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs konnten die über politische, Cameral- und Finanz-Gegenstände bestehenden

---

18) Art. X des Kundmachungspat. v. 1. Juni 1811. Dieser Grundsatz, daß der deutsche Text bei allen Gesetzen Urtext sei, war im übertriebenen Bestreben allen Nationalitäten gerecht zu werden im §. 1 des Patents vom 1. März 1849 aufgegeben und statt dessen die Regel aufgestellt worden, daß alle Texte in den verschiedenen Landessprachen gleich authentisch sein sollten. Nachdem man zufolge der praktischen Unausführbarkeit der letzteren Regel bereits in den wichtigsten Fällen zum älteren Grundsatz zurückgekehrt war, wurde er durch §. 2 des Patents vom 27. December 1852 (Nr. G. B. Nr. 260) wieder in seiner vollen Geltung hergestellt.

19) Eine Übersicht der officiellen und Privatübersetzungen des bürgerl. Gesetzb. findet sich bei Michel Handb. I S. I u. Stubenrauch I S. 56. 57.

Verordnungen in ſo fern natürlich nicht berührt werden, als dieſe Verordnungen das materielle Privatrecht gar nicht betreffen. Allein viele dieſer Verordnungen ſtehen mit dem Privatrecht ſelbſt in enger Verbindung. Hierher gehören vor allem jene als politiſche bezeichneten Verordnungen, welche ſich auf die Ausführung und Durchführung der im Geſetzbuch getroffenen materiellen Beſtimmungen beziehen, wie z. B. Hypothekenordnungen, Vormundſchaftsordnungen, Vorſchriften über Verlaſſenſchaftsabhandlungen, über Kundmachung der Geſetze u. ſ. f. Außerdem treffen viele jener ſ. g. politiſchen, Cameral- und Finanz-Verordnungen das Privatrecht in ganz directer Weiſe und dieß wieder in zweifacher Art. Bei dem engen Zuſammenhang, in welchem in Deutſchland von jeher das Privatrecht mit dem öffentlichen ſtand, entwickelten ſich viele privatrechtlichen Verhältniſſe und Inſtitute in engſter Verbindung mit den Verfaſſungszuſtänden und erhielten ihre geſetzliche Regelung zugleich durch jene Vorſchriften, welche recht eigentlich politiſcher Natur waren. Überhaupt gibt es viele Modificationen des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Verhältniſſe, welche aus den Normen über dieſe entnommen werden müſſen. Es ſoll hier nur beiſpielsweiſe an das nunmehr aufgehobene Unterthänigkeitsverhältniß des Bauernſtandes, an die damit zuſammenhängenden eigenthümlichen Modificationen der Vormundſchaft im Bauerſtande, der Erbfolge in Bauergüter und an die beſondere Beſchaffenheit der Rechtsverhältniſſe an dieſen Gütern, an die politiſche Stellung der Juden und Fremden und die damit zuſammenhängende privatrechtliche Stellung derſelben, an die politiſche Stellung der Kirche und Geiſtlichkeit im Staate, an die auch für das Privatrecht ſo wichtige Ausbildung der Lehre von den ſ. g. niedern Regalien, an die mit den Verfaſſungszuſtänden eng zuſammenhängende Frage des Jagd- und Fiſchereirechts u. ſ. f. erinnert werden. — Andere als politiſche bezeichnete Verordnungen enthalten Privatrechtsſätze, welche nicht dem Boden des ſtrengen reinen Rechts entſtammen, ſondern anomaler ſingulärer Natur ſind, indem ſie aus der dem Rechtsgebiet fremden utilitas und necessitas entſpringen[20]. Dieſe ſingulären Rechtsſätze wurden im Unterſchied von andern ſin-

20) Vgl. Pratobevera Über die Grenzlinien zwiſchen Juſtiz- und politiſchen Gegenſtänden in ſeinen Materialien Bd I S. 1 fg.

gulären Rechtssätzen deßhalb nicht in das bürgerl. Gesetzbuch aufgenommen, weil die Anschauungen über die Anforderungen der utilitas und necessitas im Lauf der Zeit leicht wechseln und eine gewisse Beweglichkeit und Willkürlichkeit in jenen Bestimmungen nicht verkannt werden kann, welche ihnen durch die Einpassung in das neue Rechtsgebäude nicht benommen werden sollte. Hierher gehören z. B. die s. g. politischen Vorschriften über Theilbarkeit und Theilung von Grundstücken und Häusern, über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums an Waldungen u. s. f. — Durch die Einführung des allg. bürgerl. Gesetzbuchs wurde an allen diesen politischen Verordnungen nichts geändert, wie dieß ausdrücklich Art. VIII des Kundmachungspatents v. 11. Juni 1811 und Art. VI des Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852 und 29. Mai 1853 bestimmen. Jene ältern das Privatrecht betreffenden politischen Verordnungen bestehen demnach auch heutigen Tags zu Recht, ohne weitere Rücksicht darauf, ob sich das Gesetzbuch ausdrücklich auf sie beruft[21] oder nicht, dafern sie nicht etwa durch neuere Vorschriften beseitigt[22] oder in Folge der in jüngster Zeit stattgefundenen politischen Umgestaltungen von selbst hinweggefallen sind[23].

C. Seit der Einführung des bürgerl. Gesetzbuchs im Jahr 1811 sind zahlreiche Nachtragsverordnungen (Novellen) erschienen, welche theils die im bürgerl. Gesetzbuch enthaltenen Rechtssätze selbst erläutern, ergänzen oder modificiren, theils in die Kategorie jener sub B geschilderten politischen Verordnungen gehören, welche unmittelbar oder mittelbar auf das Privatrecht Einfluß nehmen[24]. Die

---

21) Eine Zusammenstellung der Paragraphe, in denen eine solche Berufung auf politische Verordnungen statt findet, gibt Stubenrauch I S. 44; vgl. auch Michel Handb. I S. IX Note 6. 7.

22) Wie dieß z. B. in Ansehung des im Art. IX des Kundmachungspat. von 1811 bezogenen Finanzpatents vom 20. Febr. 1811 durch Hofdecr. vom 25. Oct. 1817 geschah.

23) Auf diese mögliche Änderung deutet Art. VI des Kundmachungspat. vom 29. Novemb. 1852 ausdrücklich hin.

24) Daher bestimmte das Patent vom 23. März 1852 für Krakau, daß das bürgerl. Gesetzb. „sammt allen auf die Gegenstände desselben sich beziehenden nachträglichen Verordnungen" zur Richtschnur dienen solle. — Im Anhang zur amtlichen Ausgabe für Ungarn u. s. f. sind 86 solcher nachträglichen Verordnungen mitgetheilt worden.

sowohl vor als nach dem Erscheinen des bürgerlichen Gesetzbuchs erflossenen Verordnungen finden sich theils in amtlichen theils in Privatsammlungen zusammengestellt.

Die amtlichen Gesetzsammlungen sind 1) die s. g. große Justizgesetzsammlung, enthaltend die Justizgesetze vom December 1780 bis 2. December 1848 (14 Foliobände). — Jede Verordnung, welche in diese Sammlung aufgenommen wurde, hat für alle Theile der Monarchie in welche das bürgerliche Gesetzbuch eingeführt ist verbindende Kraft, sollte auch die betreffende Verordnung an eine einzelne Gerichtsstelle oder nur für eine bestimmte Provinz erlassen sein. Hofdecr. v. 29. Decbr. 1785 (J. G. S. Nr. 50); Hofdecr. v. 20. Nov. 1818 (J. G. S. Nr. 1519). Diese Regel erleidet jedoch eine Ausnahme, wenn a) in der J. G. S. selbst der ausdrückliche Beisatz gemacht wurde, daß die aufgenommene Verordnung nur für die eine oder andere Provinz zu gelten habe; b) wenn aus dem Inhalt des Gesetzes zu entnehmen ist, daß es in seinem Umfang nur auf eine bestimmte Provinz zu beschränken sei, weil es mit ganz eigenthümlichen nur daselbst bestehenden Einrichtungen im Zusammenhange steht; c) wenn die fragliche Anordnung bloß zur Erläuterung oder nähern Bestimmung eines andern Gesetzes erlassen wurde, welches unzweifelhaft nicht in allen Kronländern gilt[25]. — 2) Die große politische Gesetzsammlung seit Leopold II. bis 2. Decbr. 1848 (76 Bände). 3) Die Provinzialgesetzsammlungen in den s. g. altösterreichischen Provinzen seit 1819, in den wiedererworbenen Provinzen seit der Reoccupirung bis 1848. — Mit der Einführung des allgemeinen Reichsgesetzblattes und der Landesregierungsblätter haben die amtlichen Gesetzsammlungen aufgehört.

Von den Privatsammlungen sollen hier nur folgende hervorgehoben werden[26]: Winiwarter Handbuch der Justiz- und poli-

---

25) Vgl. hierüber Blaschke Ein Beitrag zur Beantwortung der Frage, ob die in der legalen Justizgesetzsammlung erschienenen Gesetze für alle Provinzen verbindlich sind in der Zeitschr. Der Jurist Bd XI S. 209 fg., Turnes Juristische Aphorismen in derf. Zeitschr. Bd XII S. 246 fg., Stubenrauch I S. 13. 14.

26) Ausführlichere Angaben s. bei Michel Handb. I S. V, Stubenrauch I S. 11. 12. — Auf Privatgesetzsammlungen darf sich ein Gericht bei Begründung seiner Beschlüsse nicht berufen. Hofdecr. v. 15. Juli 1823 (J. G. S. Nr. 1953).

tischen Gesetze und Verordnungen, welche sich auf das in den deutschen Provinzen der österreichischen Monarchie geltende a. b. G. B. beziehen. 3 Bde. 1. Aufl. Wien 1829. 3. Aufl. 1844. — Michel Sammlung der neuesten auf das österr. allgemeine Privatrecht sich beziehenden Gesetze und Verordnungen. Prag 1850. — Michel Handbuch des allgem. Privatrechts für das Kaiserthum Österreich. Olmütz 1853. 1854. 3 Bde.[27].

III. Literatur des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

Die bisherigen Schriftsteller über das gesammte österreichische allgemeine Privatrecht nahmen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch stets in der Art zur Unterlage ihrer Darstellung, daß sie ihre Erörterungen an die einzelnen Paragraphe des Gesetzbuchs anknüpften, von Gesetzesstelle zu Gesetzesstelle in der legalen Ordnung fortschritten und jede gesetzliche Bestimmung theils aus sich heraus theils aus andern im Gesetzbuch enthaltenen verwandten Bestimmungen zu erklären suchten[1]. Die nachfolgend angegebenen[2] Commentare und Handbücher bewegen sich sämmtlich in der s. g. Legalordnung und befolgen bald mit mehr bald mit weniger Einseitigkeit die exegetische Methode[3].

---

27) Dieses Werk enthält unter einem unpassenden Titel eine sehr fleißige und umsichtige Zusammenstellung aller auf das bürgerl. Gesetzbuch sich beziehenden älteren und neueren Verordnungen. Nach diesem Werk werden in der vorliegenden Schrift die bezüglichen Verordnungen in der Regel citirt werden.

1) Eine kurze Darstellung des Entwicklungsgangs der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allg. bürgerl. Gesetzbuchs habe ich zu geben versucht in Schletters Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung I Heft 4 S. 353 fg. — Eine kurze räsonnirende Inhaltsangabe der Schriften über österr. Privatrecht findet sich bei Vesque von Püttlingen Darstellung der Literatur des allgem. bürgerl. Gesetzbuchs. Wien 1827.

2) Die italienische Literatur wird hier absichtlich übergangen.

3) Ein Versuch das österreichische Privatrecht in systematischer Weise darzustellen ist in neuester Zeit von Michel Grundriß des heutigen österr. allgem. Privatrechts Olmütz 1855 (bisher zwei Lieferungen) gemacht worden. Diesem Versuch ist jede wissenschaftliche Bedeutung abzusprechen; vgl. meine Anzeige desselben in den Österreichischen Blättern für Literatur und Kunst 1855 Nr. 5.

F. v. Zeiller Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie. Wien und Triest 1812. 1813. 4 Bde. 8.

G. v. Scheidlein Handbuch des österreichischen Privatrechts. Wien und Triest 1814. 1815. 3 Bde. 8.

M. Schuster Theoretisch-praktischer Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Prag 1818. 8. (Von diesem Werk erschien nur der I. Band, welcher die ersten 43 Paragraphe des Gesetzbuchs behandelt.)

F. X. Nippel Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs — mit besonderer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses. Grätz 1830—1838. 9 Bde. 8.

J. v. Winiwarter Das österreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt und erläutert. Wien 1831—1838. 5 Bde. 8. Zweite verm. und verbess. Auflage 1838—1845.

J. Ellinger Handbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechts. Wien 1844. 8. Zweite Auflage 1846. Dritte Auflage 1850. Vierte neu bearbeitete Auflage 1851. Fünfte Auflage 1853.

M. v. Stubenrauch Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 sammt den dazu erflossenen Nachtragsverordnungen — mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß erläutert. Wien 1853 fg. (Bisher 17 Lieferungen.)

W. v. Pauly Allgemeines österr. bürgerl. Gesetzbuch, eingeführt in den Königreichen Ungarn, Croatien u. s. f. — systematisch und praktisch erklärt. Pest 1853. gr. 8.[4].

L. Pera Ausführliche Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs. Pesth 1854. 3 Bde. (Bd. II in 2 Abtheilungen.)[5].

Die zahlreichen Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts, welche theils als selbständige Monographieen erschienen theils in den österreichischen rechtswissenschaftlichen Zeit-

4) Diese ganz und gar werthlose Schrift hat ihre gebührende Abfertigung gefunden in der allg. österr. Gerichtszeitung 1853 Nr. 90.

5) Auch diese Schrift ist ein flaches geist- und werthloses Product eitler Buchmacherei, recht darauf berechnet bei der Einführung des bürgerl. Gesetzb. in Ungarn u. s. f. jede tiefere Auffassung im Keim zu ersticken.

ſchriften[6] niedergelegt ſind, werden am geeigneten Orte erwähnt werden[7].

---

6) Dieſe Zeitſchriften ſind folgende:

Archiv für wichtige Anordnungen in den k. k. öſterr. Erbſtaaten über Kriminal- und Civiljuſtiz, für merkwürdige Rechtsfälle mit den Entſcheidungen der Gerichtshöfe, nebſt Abhandlungen und literar. Nachrichten. Von J. K. v. Wagersbach. Grätz 1814—1820. 6 Hfte.

Materialien für Geſetzkunde und Rechtspflege in den öſterr. Erbſtaaten. Von Pratobevera. 8 Bde. 8. 1814—1824.

Zeitſchrift für öſterr. Rechtsgelehrſamkeit und politiſche Geſetzkunde; gegründet von Wagner 1825, fortgeſetzt 1834 von Th. Dolliner und J. Kudler; ſeit 1840 redigirt von J. Kudler und M. v. Stubenrauch; ſeit 1846 mitredigirt von E. Tomaſchek; eingegangen im Jahr 1849.

Themis. Eine Sammlung von Rechtsfällen, Abhandlungen und wiſſenſchaftlichen Berichten aus dem Gebiet des Privat- und Strafrechts von J. Weſſely. 1835 begonnen, erſchienen von dieſer periodiſchen Schrift drei Lieferungen, die erſte mit 3, die zweite mit 8, die dritte mit 2 Heften.

Archiv für Civiljuſtizpflege, politiſche und kameraliſtiſche Amtsverwaltung von F. J. Schopf; ſeit 1837; ſeit 1846 neue Folge.

Rechtsfälle aus dem Civil- und Kriminalrecht von J. Tauſch. Erſchien nur Ein Band 1837.

Der Juriſt; eine Zeitſchrift vorzüglich für die Praxis des geſammten öſterr. Rechts herausgegeben von J. Wildner v. Maithſtein ſeit 1839; (von 1845 neue Folge) eingegangen 1848 (im Ganzen 19 Bde).

Allgemeine öſterreichiſche Gerichtszeitung, redigirt von M. v. Stubenrauch ſeit 1850.

Magazin für Rechts- und Staatswiſſenſchaft mit beſonderer Rückſicht auf das öſterr. Kaiſerreich, herausgegeben von Fr. Haimerl; ſeit 1850, bisher XI Bde.

7) Auf ſolche Schriften, welche wie Auszüge, Regiſter, tabellariſche Überſichten des a. b. G. B. u. ſ. f. principiell alles wiſſenſchaftlichen Werths entbehren und nur darauf berechnet ſind das Memoriren u. ſ. f. zu erleichtern, wird hier keine Rückſicht genommen. Eine zahlreiche Angabe ſolcher Schriften findet ſich bei Michel Handb. S. VII. VIII und Stubenrauch I S. 16.

Allgemeiner Theil.

Erste Abtheilung.

Das objective Privatrecht.

Erstes Capitel.

Von den Rechtsquellen.

Einleitung.

§. 1. Unter den Rechtsquellen versteht man die Organe des bestehenden Rechts, die Entstehungsgründe der objectiven Rechtsregeln und Rechtsnormen, die Quellen aus denen die geltenden Rechtssätze ihren Ursprung und ihr Dasein schöpfen. Die möglichen Quellen des Rechts sind das Gesetz, die Gewohnheit und der Gerichtsgebrauch. Das Recht ist mit Rücksicht auf diesen Ursprung Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht. Inwieferne diese Quellen auch für unser heutiges österreichisches Privatrecht fließen, ist der Gegenstand der Untersuchung dieses Capitels.

Zwei Verwechslungen sind in dieser Beziehung möglich. Man kann nemlich erstens die Elemente der Rechtserzeugung, die Ursachen der Hervorbringung eines Rechtssatzes (Entstehungsgründe in diesem Sinne, innerer Entstehungsgrund, Entstehungsursachen) mit den Organen des geltenden Rechts, mit den äußeren Entstehungs- und Bestehungsgründen des hervorgebrachten Rechts leicht verwechseln[1]. Die Elemente der Rechtserzeugung sind aber nur die Ursachen und Gründe, aus denen ein Rechtsorgan einen Satz als Rechtssatz aufstellt; diese Gründe entstehen im natürlichen oder im wissenschaft-

1) Vgl. hierüber insbesondere Stahl Die Philosophie des Rechts Bd. II. (3. Aufl. 1854) S. 256. 257.

lichen Bewußtsein. Damit diese im Bewußtsein vorhandenen Sätze zu Rechtssätzen werden, bedarf es noch einer äußeren Fixirung derselben durch eines der verschiedenen Rechtsorgane. Die angegebene Verwechslung führt zu mancher irrigen Ansicht über das Wesen der einzelnen Rechtsquellen[2].

Weit häufiger ist die Verwechslung der Rechtsquellen als der Quellen des objectiven Rechts mit den Entstehungsgründen der einzelnen Rechtsverhältnisse als den Quellen des subjectiven Rechts[3]. Durch diese Verwechslung ist man insbesondere dahin gekommen den Vertrag zu den Rechtsquellen hinaufzuheben und ihn mit dem Gesetz auf eine Stufe zu setzen. Zu dieser Verwechslung ist man wohl dadurch gelangt, daß auf dem Gebiet des Privatrechts den Parteien ein ziemlich freier Spielraum gelassen ist ihre Rechtsverhältnisse nach eigener Willkür zu regeln. Diese Regelung geschieht insbesondere auf dem Wege des Vertrags, und indem auf diese Weise aus dem Vertrag ebenso subjective Rechte und Verbindlichkeiten entspringen wie sie sonst etwa in Ermangelung eines Vertrages kraft der Bestimmung eines Gesetzes entstehen, lag die Annahme nahe, daß Verträge die gleiche Kraft und Bedeutung haben wie das Gesetz. Allein diese Ansicht beruht auf einem Mangel gehöriger Unterscheidung. Durch den Vertrag werden immer nur concrete Rechtsverhältnisse, Beziehungen zwischen individuellen bestimmten Personen geregelt; aus dem Gesetz dagegen entspringen objective Rechtssätze und Rechtsnormen d. h. Regeln, welche die Rechtsverhältnisse in abstracto normiren und für alle Personen, welche in das bestimmte Verhältniß treten, nicht bloß für die einzelnen Personen gelten. Dazu daß aus einem Vertrag subjective Rechte für bestimmte Personen entstehen können bedarf es eines Gesetzes, einer objectiven Rechtsnorm, welche dem Vertrag diese Wirkung zuerkennt. Mittelbar verdankt daher das durch den Vertrag begründete subjective Recht wie überhaupt in der Regel jedes subjective Recht einer allgemeinen Rechtsnorm seine Existenz und Geltung, und der Unterschied

---

2) So z. B. beruht auf dieser Verwechslung die irrige Ansicht mancher Schriftsteller, daß die Wissenschaft Rechtsquelle, daß die Gewohnheit bloß Erkenntnißmittel des Rechts sei; vgl. unten §§. 5. 6.

3) Vgl. hierüber schon Fritz Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wening-Ingenheim's Lehrb. des gem. Civilrechts, Bd I (1834) S. 21 und insbes. Savigny System des heutigen römischen Rechts, Bd I (1840) §. 6.

beſteht nur in der Verſchiedenheit der juriſtiſchen Thatſache. Während ſonſt aus andern Thatſachen z. B. aus einer unerlaubten Handlung, aus einem Verwandtſchaftsverhältniß Rechte und Verbindlichkeiten entſpringen, iſt hier der Entſtehungsgrund des ſubjectiven Rechts ein Vertrag. So wenig nun eine unerlaubte Handlung oder ein Verwandtſchaftsverhältniß als Rechtsquelle d. h. als Quelle des objectiven Rechts angeführt werden kann, ſo wenig kann dieß in Anſehung des Vertrags der Fall ſein. — Dennoch hat jene Verwechslung ſchon frühe ſtattgefunden[4] und ſich bis auf unſere Zeiten[5] in der doppelten Geſtalt erhalten, daß einerſeits der Vertrag zu den Rechtsquellen emporgehoben, andererſeits das Geſetz zu dem Vertrag hinabgezogen wurde, indem es gleich dieſem als Entſtehungsgrund concreter Rechtsverhältniſſe aufgefaßt ward. Dieſe Verwechslung findet ſich auch im bürgerlichen Geſetzbuch, welches in der Lehre vom titulus acquirendi gänzlich auf dem Boden der ältern Doctrin ſteht und gleich dieſer das Geſetz neben dem Vertrag und überhaupt neben dem Privatwillen als Entſtehungsgrund ſubjectiver Rechte anführt und von einem mittelbaren und unmittelbaren Entſpringen des ſubjectiven Rechts aus dem Geſetze ſpricht (§§. 317. 424. 449. 480. 533. 859. 860 a. b. G. B.).

I. Geſetzesrecht.

A. Geſetze.

1. Begriff, Arten und Erforderniſſe der Geſetze.

§. 2. Unter Geſetz im engern eigentlichen Sinn[1] verſteht man die Rechtsnorm, welche von der legislativen Gewalt im Staate geſetzt iſt. Die geſetzgebende Gewalt in Öſterreich ſteht nach einer kurzen Unterbrechung dem Monarchen allein zu. Nach öſterreichiſchem Recht iſt demnach der Befehl des Kaiſers oder Desjenigen, der von

4) Vgl. Savigny Syſtem I S. 108—109.

5) Vgl. z. B. Höpfner Inſtitutionencommentar S. 293, Wening Lehrb. des Civilrechts I §. 4, Thibaut Syſtem des Pandektenrechts 8. Aufl. §. 15 u. A.

1) Geſetz im weitern Sinn bedeutet überhaupt jede objective Rechtsnorm ohne Unterſchied der Rechtsquelle, aus welcher ſie ſtammt. Im vulgären unjuriſtiſchen Sinn gebraucht man den Ausdruck Geſetz für jede Satzung, wenn ſie gleich nur vermöge Privatdispoſition ein concretes Rechtsverhältniß normirt; ſo z. B. ſagt man, der Vertrag ſei Geſetz zwiſchen den Parteien (lex contractus).

ihm eine allgemeine oder specielle Ermächtigung hierzu erhielt, Gesetz[2]. Es gibt Staatsbehörden, welche eine allgemeine Ermächtigung haben innerhalb gewisser Grenzen Bestimmungen mit Gesetzeskraft zu treffen. Eine solche allgemeine Ermächtigung hat das Justizministerium wohl nur dazu, um in seiner Sphäre Verordnungen zu geben, welche sich auf die Ausführung und Vollziehung der Gesetze beziehen, nicht aber um neue Verfügungen zu treffen, welche das bestehende materielle Recht berühren. Erläuterungen und Belehrungen, welche etwa das Justizministerium über Fragen des bürgerlichen Rechts ertheilt, sind daher bloß doctrineller Natur und verpflichten den Richter nur durch die Kraft ihrer innern Gründe[3]. Eine allgemeine Ermächtigung hat das Handelsministerium zur Ertheilung von Industrieprivilegien erhalten (§. 18 des Patents v. 15. Aug. 1852, R. G. B. Nr. 184). Zufolge specieller Ermächtigung ist der betreffende Minister befugt Verfügungen mit Gesetzeskraft zu treffen. Solche specielle Aufträge kommen in neuester Zeit überhaupt und so auch insbesondere im Ressort des Justizministeriums häufig vor[4].

Auch in der österreichischen Rechtssprache pflegt man zwischen Gesetzen und Verordnungen zu unterscheiden. Allein wie einerseits eine solche Unterscheidung in Österreich als einer gegenwärtig wieder absolut regierten Monarchie ohne reelle in öffentlich-rechtlicher Beziehung relevante Bedeutung ist, so hat sich auch andrerseits in die-

---

2) Die in diesem und dem folgenden Paragraph dargestellte Lehre gehört ex professo und ihrem ganzen Umfang nach in das Staatsrecht; aus demselben sind ins System des Privatrechts in kurzem Auszug nur jene Sätze herüberzunehmen, welche nothwendig sind um diese wichtige Rechtsquelle gehörig zu übersehen.

3) Es scheint mir daher auch, als könne der Justizministerialverordnung vom 6. October 1853 (R. G. B. N. 200), betreffend die Erläuterung von Art. 4 und 82 der allg. W. O., keine vis legis zugeschrieben werden, da die nothwendige und sonst regelmäßig vorkommende (vgl. z. B. Erlaß des Justizminist. vom 8. Aug. 1853, R. G. B. Nr. 160) Erwähnung der a. h. Entschließung oder einer besonderen Ermächtigung darin mangelt.

4) So z. B. wurde das Justizministerium speciell ermächtigt für die Dauer der französischen Gerichtsverfassung in Krakau mit Beziehung auf das kaiserl. Patent v. 23. März 1852 die erforderlichen Bestimmungen zu treffen (Justizmin.-Verordn. v. 26. März 1852, R. G. B. Nr. 80); so wurde das Justizministerium mit a. h. Entschließung v. 12. Sept. 1852 ermächtigt eine provisorische Civilproceß-Ordnung in Ungarn u. s. f. einzuführen. (Justizmin.-Verordn. v. 16. Sept. 1852) u. dgl. m.

ser Beziehung kein fester Sprachgebrauch gebildet. Verordnung im weitesten Sinn bedeutet jede von der höchsten Gewalt im Staate ausgehende Anordnung. In so fern ist der Ausdruck Verordnung gleichbedeutend mit Gesetz und in diesem Sinne spricht man von nachträglichen Verordnungen, unter welche z. B. auch das Gesetz über literarisches Eigenthum vom 19. October 1846 gehört. Die Verordnungen im engeren Sinn bezeichnen nach österreichischem Recht nicht bloß Acte der vollziehenden Gewalt, d. i. Anordnungen, welche von der höchsten Gewalt im Staate getroffen werden, um das den bestehenden Gesetzen Gemäße auszuführen und zu vollziehen, sondern auch Acte der gesetzgebenden Gewalt und zwar a) Erläuterungen und Ergänzungen der bestehenden Gesetze; b) individuelle Normirungen concreter Rechtsverhältnisse, Ertheilung von Privilegien; c) provisorische Bestimmungen über einzelne Rechtsmaterien[5].

In Österreich pflegt man die Gesetze nach der Verschiedenheit der Form, in welcher sie erlassen werden, zu unterscheiden. Die Gesetze, in welchen der Kaiser sprechend angeführt wird, heißen Patente, die Verordnungen, in welchen der Kaiser sprechend angeführt wird, kaiserliche Verordnungen. Patente und kaiserliche Verordnungen werden mit Voraussetzung des Namens und Titels des Kaisers, mit Beisetzung seiner Unterschrift und unter Beobachtung der weiter unten angegebenen Vorschriften erlassen. Die Cabinetsschreiben bestehen in schriftlichen Mittheilungen von Willensentschlüssen des Monarchen an eine der an der Spitze der höchsten Behörden stehenden Personen. Sie haben insbesondere in neuester Zeit die in materieller Beziehung wichtige Bedeutung, daß sich der Monarch dieser Form bedient, um eine Entschließung mitzutheilen, welche er kraft seiner souveränen Machtvollkommenheit gefaßt hat[6]. Wird der Kaiser nicht sprechend angeführt, sondern nur seine Ent-

5) So z. B. die kaiserl. Verordnung v. 2. Oct. 1853 (R. G. B. Nr. 190, enthaltend die provisorische Repristinirung der ältern Vorschriften über die Besitzfähigkeit der Juden.

6) Beispiele dieser Art sind das a. h. Cabinetsschreiben v. 20. Aug. 1851 (R. G. B. Nr. 194), womit die Bedeutung und der Umfang der Verantwortlichkeit des Ministeriums so wie die hieraus für die Verpflichtungen und die künftige Stellung desselben fließenden Bestimmungen festgesetzt werden; das a. h. Cabinetsschreiben v. 31. Dec. 1851 (R. G. B. 1852 Nr. 4), enthaltend die Grundsätze für organische Einrichtungen in den Kronländern des österr. Kaiserstaats.

schließung von der betreffenden Behörde dem Publicum mitgetheilt, so hieß ein solches Gesetz in früherer Zeit Hofdecret und zwar nach der Verschiedenheit der betreffenden Hofstelle Hofkammerdecret, Hofkanzleidecret, Hofcommissionsdecret u. dgl. m.[7]. In neuester Zeit werden solche allerhöchste Entschließungen durch das betreffende Ministerium, in dessen oder deren Ressort sie fallen, zur allgemeinen Kenntniß gebracht.

Zufolge des §. 7 des Patents vom 13. April 1851 (R. G. B. Nr. 92) wird der Reichsrath „in allen Fragen der Gesetzgebung[8] gehört und die Anhörung desselben in der Kundmachung der Gesetze erwähnt": diese Anhörung des Reichsrathes gehört demnach zur verfassungsmäßigen Abfassung der Gesetze, die Erwähnung dieser Anhörung zur „gehörigen" Kundmachung derselben. Zufolge allerhöchsten Cabinetsschreibens vom 20. August 1851 (R. G. B. Nr. 194) ist die ministerielle Gegenzeichnung, welche vordem zur verfassungsmäßigen Form der Gesetze gehörte, auf die Kundmachung derselben und der kaiserlichen Verordnungen beschränkt worden und hat bloß „die Bedeutung der Gewährleistung, daß die bestimmten Formen beobachtet und die kaiserlichen Beschlüsse richtig und genau aufgenommen sind." Die Einvernehmung der Minister jedoch gehört zur verfassungsmäßigen Abfassung der Gesetze.

2. Kundmachung der Gesetze und Anfangspunkte der Wirksamkeit derselben.

§. 3. Das Gesetz erlangt seine juristische Existenz und Giltigkeit erst durch die förmliche d. h. durch die in der gehörigen Weise geschehene[1] Kundmachung (§. 2 a. b. G. B.). Der Wille des

---

7) Vgl. Winiwarter I S. 49. 50, Schuster I S. 177 fg.

8) Unter den „Fragen der Gesetzgebung" sind wohl nur neu zu erlassende Gesetze und kaiserl. Verordnungen zu verstehen; wenn es sich dagegen z. B. um Ertheilung von Privilegien oder um die Erläuterung bestehender Gesetze handelt wird der Reichsrath nicht gehört.

1) Daß unter der „gehörigen" Kundmachung des §. 2 a. b. G. B. die in der gesetzlichen Form stattgefundene Kundmachung zu verstehen sei, ohne weitere subjective Rücksicht auf die Personen, welche sich die Kenntniß des kundgemachten Gesetzes zu verschaffen haben (wie Letzteres Zeiller I S. 36 in der Note und Schuster I S. 33 No. 4 irrigerweise behaupten), ergibt sich schon aus dem westgaliz. Gesetzb. Thl I §. 11, wo es ausdrücklich heißt „auf die gehörige Art d. i. nach dem in einem jeden Land eingeführten Gebrauch." Vgl. Nippel Erläut. I S. 45, Stubenrauch I S. 65 Note ***.

Kaiſers allein bewirkt ſo wenig als die Sanction durch ſeine Unterſchrift daß Etwas Geſetz ſei; denn da alles Recht als die objective von Allen im voraus zu wiſſende Norm äußerlich erkennbar ſein muß, ſo muß auch der Wille des Geſetzgebers in der gehörigen Form ausgeſprochen d. h. er muß kundgemacht ſein, damit der Willensinhalt Rechtsſatz ſei. Die Kundmachung pflegt man auch Publication oder Promulgation zu nennen[2]. Von dem Augenblick an, wo das Geſetz publicirt iſt, tritt es in Wirkſamkeit (§. 3 a. b. G. B.), dafern nicht im Geſetz ſelbſt ein ſpäterer Moment für den Beginn der Wirkſamkeit desſelben feſtgeſetzt wird. Dieſen Zeitraum zwiſchen der Kundmachung des Geſetzes und dem Beginn der Wirkſamkeit desſelben nennt man vacatio legis. Heutzutage bildet, wie ſich aus dem Folgenden ergeben wird, dieſe vacatio die Regel.

Vor dem Erſcheinen des Patents vom 4. März 1849 (R. G. B. Nr. 153), wodurch die Einführung eines allgemeinen Reichsgeſetz- und Regierungsblattes ſo wie der Landesgeſetz- und Regierungsblätter angeordnet wurde, war die Kundmachung der Geſetze in Öſterreich eine ziemlich mangelhafte[3]. Die Art der Kundmachung wurde zuletzt[4] geregelt durch das Patent vom 27. Decbr. 1852 (R. G. B. Nr. 260). Dieſem zufolge ſind zur verbindenden Kundmachung der Geſetze und Verordnungen das Reichsgeſetzblatt und die Landesregierungsblätter beſtimmt (§. 1 des Pat.). Der deutſche Text iſt von nun an wieder der authentiſche (§. 2 des Pat.). Das Reichsgeſetzblatt ſelbſt erſcheint nur in deutſcher Sprache: die Überſetzungen werden in der Landesſprache durch die Landesregierungsblätter veröffentlicht (§. 3 des Pat.). In das Reichsgeſetzblatt ſind aufzunehmen: 1) alle Patente und kaiſerliche Verordnungen; 2) alle zur öffentlichen Bekannt-

---

2) Manche Schriftſteller unterſcheiden zwiſchen Promulgation und Publication, indem ſie unter Promulgation die geſetzmäßige Abfaſſung, unter Publication die Kundmachung des promulgirten Geſetzes verſtehen, ſo z. B. Buchta Inſtitut. I S. 43, Pandekt. 7. Aufl. §. 15. Allein dieſe wohl aus dem franzöſ. Recht (vgl. Zachariä Franzöſ. Civilr. 5. Ausg. I §. 26) abgeleitete Unterſcheidung paßt ſo wenig wie für das gemeine Recht (vgl. Wächter II §. 6 Note 2) für unſer öſterreichiſches Recht.

3) Die älteren Verordnungen finden ſich bei Michel ad §. 2 angeführt; vgl. hierüber auch Winiwarter I S. 49 fg. und Stubenrauch I S. 62.

4) In dem urſprünglichen Syſtem des Reichsgeſetzblattes wurden ſchon durch kaiſerl. Verordnung v. 7. Dec. 1849 (Nr. 31) und 20. Dec. 1850 (Nr. 473) einige Modificationen herbeigeführt.

machung bestimmte Staatsverträge; 3) Bestimmungen über Systemisirung und Organisirung von öffentlichen Behörden; 4) die Anordnungen, welche von den Ministerien oder andern obersten Verwaltungsbehörden des Reiches innerhalb ihres Wirkungskreises mit verbindender Kraft zur Auslegung oder Vollziehung der Gesetze so wie zur Feststellung von Rechtsbeziehungen oder Obliegenheiten erlassen werden. Die Verlautbarung dieser Gesetze und Verordnungen hat durch das Reichsgesetzblatt zu geschehen, ohne Unterschied ob dieselben für den ganzen Umfang des Reiches oder nur für einzelne Kronländer, Landestheile oder Orte des Kaiserreichs Wirksamkeit erlangen sollen (§. 4 des Pat.). Ausgeschlossen hiervon sind jene Ministerialerlässe, welche sich auf Verleihung, Übertragung, Verlängerung oder Erlöschung der Industrieprivilegien beziehen (§. 5 des Pat.). Über besondere Bewilligung des Kaisers kann sich zur Kundmachung von Gesetzbüchern oder andern Gesetzen von großem Umfang auf die Einschaltung des Kundmachungs- oder Einführungspatentes in das Reichsgesetzblatt beschränkt werden, in welchem Fall das Gesetz selbst gleichzeitig auszugeben ist (§. 6 des Pat.). Alle in das Reichsgesetzblatt gehörigen Gesetze und Verordnungen sind als gesetzlich kundgemacht anzusehen, sobald sie selbst oder im angegebenen Fall die Erlässe im Reichsgesetzblatt erscheinen (§. 7 des Pat.). Ihre verbindende Kraft jedoch beginnt, wenn denselben nicht ausdrücklich eine andere Bestimmung beigefügt wird, in allen Theilen des Reichs erst mit dem Anfang des fünfundvierzigsten Tages nach Ablauf desjenigen, an welchem das bezügliche Stück des Reichsgesetzblattes erscheint. Auf jedem Stück des Reichsgesetzblattes ist deßhalb der Tag der stattgefundenen Herausgabe und Versendung ausdrücklich anzugeben (§. 8 des Pat.). Es ist demnach zwischen dem Anfangspunkt der *Giltigkeit* des Gesetzes und dem Anfangspunkt der *Wirksamkeit* desselben wohl zu unterscheiden. — Nach Maßgabe der Umstände und des daraus hervorgehenden Erfordernisses sind zur möglichsten Verbreitung der im Reichsgesetzblatt kundgemachten Gesetze und Verordnungen auch noch andere Arten der Veröffentlichung, als Einrückung in die öffentlichen Landeszeitungen, öffentlicher Anschlag und andere landesübliche Mittel der Verlautbarung anzuwenden (§. 15 des Pat.)[5].

[5] §. 14 dieses Patents erklärt, daß für die Militärgrenze hinsichtlich der Kundmachung von Gesetzen und Verordnungen eine besondere Bestimmung erfolgen

Die bisher angegebenen Beſtimmungen betreffen die äußere Form der Kundmachung. Es gibt aber auch gewiſſe Vorſchriften, welche ſich auf die innere Form der Kundmachung beziehen. Geſetze und kaiſerliche Verordnungen nemlich müſſen ſowohl mit der Unterſchrift des Kaiſers als mit der Unterſchrift jenes oder jener Miniſter, in deren Zweig der Gegenſtand zunächſt einſchlägt, und der Unterſchrift des Canzleidirectors des Miniſterraths und der am Schluſſe ſeitwärts ſtehenden Formel: „auf allerhöchſte Anordnung" verſehen ſein (Art. 4 des a. h. Cabinetsſchr. v. 20. Aug. 1851). Überdieß iſt in der Kundmachung der Geſetze und kaiſerlichen Verordnungen ſowohl der ſtattgefundenen Einvernehmung der Miniſter als unter Umſtänden der Anhörung des Reichsraths zu erwähnen[6] (a. h. Cabinetsſchr. v. 20. Aug. 1851 Art. 5, Pat. v. 13. April 1851 §. 7).

B. Autonomie[1].

§. 4. Unter Autonomie (Selbſtgeſetzgebung) im eigentlichen techniſchen Sinn des Wortes[2] verſteht man das Recht gewiſſer Cor-

---

werde. Dieſe iſt nunmehr erfolgt; kaiſerl. Verordn. v. 31. Juli 1853 (R. G. B. Nr. 170). — Die übrigen Beſtimmungen jenes Patents über die Einrichtung der Landesregierungsblätter (§. 9), über die Betheiligung mit dem Reichsgeſetzblatt u. ſ. f. (§. 10—12) haben an dieſem Orte kein Intereſſe.

6) Würde es einem der äußerlich gehörig kundgemachten Geſetze und Verordnungen an der gehörigen inneren Form fehlen, ſo wäre das Geſetz als unverbindlich anzuſehen.

1) Vgl. Puchta Das Gewohnheitsrecht I S. 155 fg., II S. 105 fg., Wilda in Weiske's Rechtslexikon Bd I S. 539—560, Gerber Über den Begriff der Autonomie im Archiv für die civil. Praxis Bd XXXVII S. 35—62, Maurer Über den Begriff der Autonomie in der kritiſchen Überſchau Bd II S. 229—270.

2) Unter Autonomie im uneigentlichen vulgären Sinn, auch Privatautonomie genannt, verſteht man das Recht der Privatperſonen ihre concreten Rechtsverhältniſſe nach eigenem Belieben zu normiren, dafern nicht gegen abſolute Geſetze angegangen wird; vgl. Puchta II S. 105 fg., Wilda S. 545 fg., Gerber Syſtem des deutſchen Privatrechts 4. Aufl. §. 26 Note 1. (Wenn aber Gerber die Privatautonomie als das Recht definirt „Dispoſitivgeſetze durch Vertrag abzuändern", ſo iſt dieß unrichtig ausgedrückt, da der Vertrag nur die Anwendung des Dispoſitivgeſetzes im concreten Fall ausſchließt, nicht aber dasſelbe abzuändern oder aufzuheben vermag.) Der Gebrauch des Worts Autonomie in dieſer Bedeutung, der ſich noch bei neuern Schriftſtellern z. B. Böcking Pandekt. 2. Aufl. I S. 237, Ihering Geiſt des röm. Rechts II S. 451 findet, wird beſſer gänzlich aufgegeben; vgl. Puchta Gewohnh. I S. 158, Beſeler Syſtem I S. 96. 97.

porationen[3] (z. B. der Städte, Dörfer, Zünfte, Universitäten) für die ihrer Wirksamkeit unterworfenen Verhältnisse kraft eigener Willkür objective Privatrechtsnormen zu geben, durch welche somit wirkliche Rechtssätze entstehen, welche auch dritte Personen binden. Die Autonomie in diesem Sinne setzt eine höhere Macht im Staate, die eigentliche gesetzgebende Gewalt voraus, der gegenüber gewisse kleinere Kreise sich das Recht objective Privatrechtsnormen mit beschränkterem Umfang zu geben bewahrt haben[4]. Solche selbstgewillkürte objective Privatrechtsnormen nennt man insbesondere Statute und zwar weil sie Gesetzeskraft haben statuta legalia. Mit der Ausbildung der Landeshoheit verschwand allmälig das Recht gewisser Corporationen sich Statute dieser Art zu geben (jus statuta condendi)[5], und so hat denn insbesondere auch für Österreich die Autonomie aufgehört[6] Quelle des Privatrechts[7], Entstehungsgrund von Privatrechtssätzen zu sein.

Ganz verschieden von dieser Autonomie ist das Recht der Corporationen und Gesellschaften, sowohl ihre innern Verhältnisse als ihre concreten Beziehungen zu dritten Personen durch freie Vereinbarung ihrer Mitglieder zu normiren[8]. Solche Normen sind nichts anderes

---

3) Man spricht zwar häufig auch von der Autonomie gewisser Stände und zwar insbesondere von der Autonomie des hohen Adels. Allein daß dem Adel Autonomie in technischen Sinn des Worts niemals zustand darüber s. Wilda S. 555 fg., dessen Ausführungen mir vollkommen richtig zu sein scheinen, und Gerber in der angef. Abhdlg., der auffallender Weise den trefflichen Aufsatz von Wilda nicht zu kennen scheint. A. A. ist Maurer in der angef. Abhdlg.

4) Man kann daher mit Thöl Einleit. §. 49 die Autonomie passend als eine neben der Gesetzgebung des Staats bestehende untergeordnete Gesetzgebung bezeichnen.

5) Vgl. hierüber insbes. Wilda S. 551 fg. und s. auch Glück I S. 308 fg.

6) Schon Wilda gelangt zu dem Resultat, daß der Begriff der Autonomie in der angegebenen Weise dogmatisch gefaßt werden müsse, daß er aber seine praktische Bedeutung verloren habe Die gleiche Ansicht in Ansehung der praktischen Bedeutung der Autonomie hat Gerber in der angef. Abh. entwickelt. A. A. Maurer, der den Nachweis erbringen will, daß die Autonomie noch h. z. T. praktische Geltung habe, was ihm jedoch nicht gelungen sein dürfte.

7) Das Gleiche gilt für das Strafrecht: anders steht es in Ansehung der Orts- und Gewerbepolizei.

8) l. 4 D. de colleg. et corp. (47, 22) Sodales sunt qui ejusdem collegii sunt. His autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Vgl. hierüber Glück I S. 89 fg., S. 469 fg. und Wächter Hdb. II §. 11.

als ein Ausfluß der allgemeinen Befugniß der Privatperſonen durch freie Vereinbarung ihre Privatrechtsverhältniſſe ſelbſt zu regeln (alſo ein Ausfluß der gewöhnlich ſo genannten Privatautonomie), und wird an dieſem Charakter auch dadurch nichts geändert, daß ſolche Normen, welche man ebenfalls Statuten[9] und zwar zum Unterſchied von den statuta legalia statuta conventionalia[10] zu nennen pflegt, unter Umſtänden einer Vorlage an die Regierung und einer Genehmigung ſeitens derſelben bedürfen[11].

II. Gewohnheitsrecht.

§. 5. I. Die ältere Anſchauungsweiſe von der Entſtehung des Rechts[1], welche bis auf die neuere Zeit herauf in ungeſchwächter Kraft herrſchte, ſah in dem Geſetzgeber die einzig berechtigte Quelle der Rechtserzeugung. Nur was der Geſetzgeber „mit freier Willkür" ſchaffe, das ſei eigentlich Recht; jede andere Entſtehungsweiſe ſei eine Uſurpation gegenüber der Omnipotenz der geſetzgebenden Gewalt und könne höchſtens unter gewiſſen Vorausſetzungen auf Duldung Anſpruch machen, müſſe ſich aber jedenfalls alle Beſchränkungen gefallen laſſen, welche die geſetzgebende Gewalt ihr aufzuerlegen für gut finde. Dieſer Auffaſſungsweiſe, welche vom einſeitigſten Standpunkte der

---

9) Bei dieſer Eintheilung der Statuten in statuta legalia und statuta conventionalia wird das Wort Statut in dem weiten Sinn genommen, in welchem es überhaupt eine Satzung bedeutet, mag dieſe nun ein concretes Rechtsverhältniß normiren oder eine allgemein giltige objective Norm enthalten; vgl. insbeſ. Wächter §. 11 Note 1.

10) Solche statuta conventionalia ſind z. B. die Statuten der Nationalbank, der Nordbahngeſellſchaft u. ſ. f. Mit Unrecht verwirft Beſeler Syſtem I S. 104 dieſe Bezeichnung; Beſeler (I S. 100 fg.) unterſcheidet aber überhaupt nicht gehörig die zwei verſchiedenen Arten von Statuten, ein Mangel, der ſich auch bei Stubenrauch I S. 103 findet. Unrichtig iſt auch Dasjenige was Winiwarter I S. 93. 94 ausführt.

11) Wenn in den von der Regierung genehmigten Statuten einer Geſellſchaft Ausnahmen zu ihren Gunſten vom geltenden Recht enthalten ſind (vgl. z. B. §. 55 des Pat. v. 1. Juli 1841, die Statuten der Nationalbank enthaltend), ſo wird hiermit der betreffenden Geſellſchaft eben ein Privilegium verliehen; von einem statutum legale kann natürlich auch in dieſem Fall durchaus keine Rede ſein.

1) Vgl. über dieſe ältere Auffaſſung des Gewohnheitsrechts Savigny Syſtem I §. 28, Puchta Das Gewohnheitsrecht (2 Bde 1828. 1837.) Bd II S. 205 fg. und Vorleſ. über das heut. röm. Recht 3. Aufl. I S. 49 fg. — Die ältere Literatur des Gewohnheitsrechts ſ. bei Thibaut Syſtem des Pandektenr. (8. Aufl. 1834) §. 17 Note d.

abstracten Subjectivität ausgehend alles Naturwüchsige im Staats- und Rechtsleben durch einen Act selbstbewußter, ins Belieben der Einzelnen gestellter Thätigkeit erklären wollte und daher auch das Recht auf einen Vertrag als dessen letzte Wurzel zurückführte, konnte das Gewohnheitsrecht gleichfalls nur als eine ganz willkürliche Bildung erscheinen. Die ältere Schule verstand unter dem Gewohnheitsrecht den Inbegriff von Rechtssätzen, welche einer langen Übung (Gewohnheit) ihre Entstehung verdankten. Diese mechanische materialistische Erklärungsweise verlegte den Grund der Entstehung des Gewohnheitsrechts in das fortgesetzte gleichförmige Handeln, in die Gewohnheit (consuetudo)[2] und fand die Rechtfertigung für die Geltung desselben in einer Zurückführung auf den allgemeinen Staatswillen. Man verwechselte unter Bezugnahme auf Aussprüche des römischen Rechts[3] die nationale Basis des Rechts mit der politischen[4] und unterschied in einer schon den Glossatoren bekannten Weise[5] zwischen Republiken und Staaten mit monarchischer Verfassung. In den Staaten der letzteren Art wurde das Gewohnheitsrecht als ein Recht angesehen, welches die Unterthanen, die doch an der gesetzgebenden Gewalt keinen Antheil hätten, sich selbst zu geben suchten, als eine Art Anmaßung einer Thätigkeit, welche nur dem Regenten zustehe und daher nur in so fern auf Berücksichtigung Anspruch machen könne, als dieser durch ausdrücklichen oder stillschweigenden, allgemeinen oder speciellen Consens das Gewohnheitsrecht billige[6]. Wie über die Art

---

2) So definirt, um statt Aller Einen anzuführen, Glück Pandektencomment. I S. 447 das Gewohnheitsrecht als „eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden" sei.

3) Denn schon bei dem römischen Juristen findet sich die im Text bemerkte Verwechslung (vgl. hierüber Puchta Gewohnheitsr. I S. 149 fg.) l. 32 §. 1 D. de leg. (1, 3) l. 35 eod. — quae longa consuetudine comprobata sunt — velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur. Vgl. Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenr. 4. Aufl. I §. 38 Note 2.

4) Vgl. hierüber insbes. Puchta Gewohnheitsr. I S. 192 fg.

5) Diese Unterscheidung findet sich schon bei Placentinus Summa in Cod. ad l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53), welcher die l. 32 D. cit. mit Rücksicht auf republikanische Verfassungsgrundsätze erklärt, l. 2 C. cit. aber auf die monarchische Verfassung bezieht; vgl. Puchta Gewohnheitsr. II S. 204 fg. und Savigny I S. 425.

6) So fügt Glück seiner Definition des Gewohnheitsrechts (vgl. Note 2) hinzu, daß die durch Gewohnheit eingeführte verbindliche Norm durch die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate Gesetzeskraft erhalte, und der Wiener Hei-

des Conſenſes[7], ſo herrſchte unter den ältern Schriftſtellern noch über viele andere Punkte, namentlich über die Erforderniſſe, den Beweis und die Wirkſamkeit des Gewohnheitsrechts lebhafter Streit[8], ſo daß dieſe ganze Materie als eine der ſchwierigſten und verwickeltſten erſchien[9] und insbeſondere der Herrſchaft des Gewohnheitsrechts die ſo lebhaft betonte Rechtsunſicherheit zur Laſt gelegt wurde[10]. In jenen Ländern, wo man den ganzen Rechtsſtoff in die Form eines Geſetzbuches gießen zu können glaubte und im Vollgefühl legislatoriſcher Omnipotenz zur Abfaſſung der neuen Geſetzbücher ſchritt, lag nichts näher als der Gedanke jene für anomal gehaltene Rechtsbildung nicht nur für die Vergangenheit aufzuheben, indem man ihre Reſultate in den einen oder andern Geſetzesparagraphen aufnahm, ſondern ſelbſt für die Zukunft die Bildung eines neuen Gewohnheitsrechts ganz oder doch theilweiſe zu unterſagen, indem man es für eine Ehrenſache der mit tauſend Augen verſehenen geſetzgebenden Gewalt anſah jede Veranlaſſung zur Bildung eines neuen Gewohnheitsrechts durch die ſchnelle Erlaſſung eines Geſetzes oder doch einer nachträglichen Verordnung abzuſchneiden[11]. Dieſen Gang ſehen wir denn auch die öſterreichiſche Geſetzgebung nehmen.

Schon das Joſephiniſche Geſetzbuch (1 §. 9. 10) verbot in Übereinſtimmung mit der damaligen Auffaſſungsweiſe des Gewohn-

---

neccius I S. 55 findet kein Bedenken auch eine consuetudo contra jus zuzulaſſen, „da durch die ſtillſchweigende Bewilligung des Landesherrn die rechtliche Gewohnheit eingeführt werde, und da es einerlei ſei, ob der Landesfürſt ſeinen Willen ausdrücklich oder ſtillſchweigend erkläre."

7) Vgl. hierüber Glück I §. 85 S. 479 fg. Die Abhandlung des in Öſterreich vielgeleſenen Schömann Handb. d. Civilr. (1806) II S. 28—64 („Reviſion der Lehre vom Gewohnheitsrecht") geht darauf hinaus zu beweiſen, daß in monarchiſchen Staaten ſtets die ſtillſchweigende Specialeinwilligung der geſetzgebenden Gewalt erfordert werde und daß eine consuetudo contra jus in „landesherrlich regierten Staaten" ſich nicht bilden dürfe.

8) Vgl. Glück I §. 86 fg. und Puchta Gewohnheitsr. Cap. II. IV. V.

9) In älteren Auflagen ſeines Syſtems ſagte Thibaut, die Theorie vom Gewohnheitsrecht ſei in allen Punkten beſtritten, und auf dieſen Ausſpruch beruft ſich Zeiller I S. 78 Note** ausdrücklich.

10) Vgl. Bornemann Syſtem. Darſtellung d. preuß. Civilr. 2. Aufl. I S. 28 fg.

11) Vgl. hierüber Zeiller I S. 79. 80. Das Joſeph. Geſetzb. I §. 10 ſagte: „Soll in dergleichen Fällen (nemlich „worüber in den Geſetzen nichts verordnet iſt") eine allgemeine und gewiſſe Anordnung für nothwendig oder doch erſprießlich gehalten werden, ſo iſt dieſelbe bei dem Landesfürſten zu ſuchen." Vgl. Bornemann I S. 30 fg.

heitsrechts auf ältere oder neu sich bildende Gewohnheiten Rücksicht zu nehmen, möchten diese Gewohnheiten solche sein, welche sich gegen das Gesetz oder neben dem Gesetze zu bilden suchen sollten (consuetudo contra jus, praeter jus; abändernde, ergänzende Gewohnheit), möchten sie allgemeine oder particuläre, generelle oder specielle sein. Der Versuch neues Gewohnheitsrecht zu bilden wurde für ein strafbares Beginnen erklärt [12]. — Das westgaliz. Gesetzbuch verbot ebenfalls auf das Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen und gestattete nur die Usualinterpretation [13]. — Die Verfasser des allgem. bürgerl. Gesetzbuches vom Jahr 1811 standen gleichfalls unter dem Einfluß jener älteren Auffassung; Zeiller (I S. 78) beruft sich ausdrücklich auf Sonnenfels (Staatswissensch. I §. 134) und auf Schömann (in der angef. Abhandl.), um aus innern Gründen die Haltlosigkeit und aus äußern Gründen die Werthlosigkeit des Gewohnheitsrechts darzuthun. Auf diese Weise entstand denn der §. 10 des bürgerl. Gesetzb. Alles ältere Gewohnheitsrecht wurde abgeschafft [14], mit Ausnahme jener Rechtssätze, auf welche das Gesetzbuch selbst sich etwa berufen sollte; die Bildung eines neuen Gewohnheitsrechts contra oder praeter jus, allgemeinen oder particulären Umfangs, wurde untersagt. Da sich nun das Gesetzbuch in keiner einzigen Stelle auf Gewohnheitsrecht beruft, so kann man den allgemeinen Satz aufstellen, daß das Gewohnheitsrecht in der Sphäre des österreichischen allgemeinen Privatrechts [15] gänzlich aufgehört habe Rechtsquelle zu sein [16].

12) I §. 9. §. 25 i. f. Diese Auffassung der Strafbarkeit einer Handlung, wodurch Gewohnheitsrecht eingeführt werden soll, steht in engem Zusammenhang einerseits mit der materialistischen Auffassung der Entstehung des Gewohnheitsrechts, andererseits mit der Ansicht, daß im Gewohnheitsrecht ein Eingriff der Unterthanen in die Sphäre der legislativen Thätigkeit liege. Ebenso sagt Schömann a. a. O. (S. 66): „Bildet sich also ein Gebrauch gegen ein Gesetz, so haben Polizei und Richterstellen einer groben Versäumniß sich schuldig gemacht, daß sie nicht einen jeden gesetzwidrigen Act der gehörigen Rüge unterwarfen."

13) I §. 22. „Auf Landesgebräuche und Gewohnheiten kann zwar in Fällen, welche auf die Auslegung eines Gesetzes Bezug haben, Rücksicht genommen werden (cf. l. 37 l. 38 D. de leg.; §. 24 des westgaliz. Gesetzb. Thl I ist nur von Präjudicien zu verstehen); allein sie sind nicht hinreichend ein schon vorhandenes Gesetz aufzuheben oder ein neues zu begründen."

14) Vgl. auch das Kundmachungspat. v. Jahr 1811, Abs. IV.

15) Anders in manchen Zweigen des besondern Privatrechts z. B. im Handelsrecht.

16) Manche neuere Schriftsteller sind so weit gegangen zu behaupten, daß

Der wichtige Fortſchritt, den die neuere Zeit über jene ältere Anſchauung hinaus gemacht hat, iſt bekannt. Gerade in dieſer tiefern Erkenntniß der Entſtehung des Rechts und der Bedeutung, welche dem Gewohnheitsrecht zuzuerkennen iſt, liegt das größte Verdienſt der ſ. g. hiſtoriſchen Schule, da hierin recht eigentlich ihr philoſophiſcher Halt liegt. Hugo[17] ſprach zuerſt den Satz aus, daß auch die Gewohnheit eine ſelbſtändige Rechtsquelle von nicht minderer Bedeutung ſei als das Geſetz. Puchta[18] und Savigny[19] begründeten hierauf tiefer das Weſen und den inneren Proceß der Entſtehung alles Rechts. Was das Gewohnheitsrecht anbelangt ſo gingen Puchta und ihm folgend theilweiſe auch Savigny ins andere (ſpiritualiſtiſche) Extrem über, indem ſie die Gewohnheit bloß als ein Erkenntnißmittel des Rechts auffaßten[20]. Allein ſowenig die Gewohnheit die Entſtehungsurſache des Rechts iſt, wie die ältere Schule irrig annahm (materialiſtiſche Auffaſſung), ſo wenig iſt ſie andererſeits bloß eine Erſcheinungsform des Rechts (ſpiritualiſtiſche Auffaſſung)[21]: ſie iſt vielmehr eine Entſtehungsform des Rechts. Sowenig das Geſetz ohne Publication, ſowenig iſt die Volksüberzeugung ohne Gewohnheit Recht, da Alles was Recht ſein ſoll äußerlich

---

ſelbſt ein geſetzliches Verbot die Bildung neuen Gewohnheitsrechts nicht ausſchließen könne, ſo z. B. Puchta Vorleſ. I Beil. I S. 416, Renaud Deutſches Privatr. (1848) I S. 76, Stahl Rechtsphiloſ. II S. 238 (der ſich aber etwas vorſichtiger ausdrückt. Allein dieſer Anſicht liegt offenbar eine Verwechslung zu Grunde. Die Bildung neuer Anſichten, das Entſtehen neuer Volksüberzeugungen kann allerdings keine Macht hindern, aber die Geltung derſelben als Rechtsſätze kann allerdings gehindert werden, da in einem Lande, in welchem es geſetzlich verboten iſt auf Gewohnheitsrecht überhaupt oder auf Gewohnheitsrecht gegen ein beſtimmtes Geſetz Rückſicht zu nehmen, jeder Richter nur das Geſetz zur Anwendung bringen wird und jedes andere Urtheil nichtig wäre.

17) Civiliſt. Magazin Bd IV (1814) S. 89 fg. Auch ſchon Schloſſer in ſeinen Briefen über Geſetzgebung (1789) ſprach ſich ſehr lebhaft für das Gewohnheitsrecht aus (S. 169—174).

18) In der Note 1 cit. Schrift; vgl. auch Pandekt. §. 11 und dazu Vorleſungen I S. 19 fg.

19) Syſtem I §§. 7. 12. 18. 25. 28 fg.

20) Dieſer Anſicht ſind auch Böcking I §. 11, Renaud Deutſches Privatr. I §. 28 und Thöl Einleit. §§. 51. 52.

21) Der Satz „Es iſt Gewohnheit, weil es Rechtens iſt“ (die Gewohnheit iſt Wirkung des Rechts) iſt nicht minder falſch als der Satz „Es iſt Rechtens, weil es Gewohnheit iſt“ (die Gewohnheit iſt Urſache des Rechts); vgl. Bluhme Encyclopädie I §. 41.

erkennbar sein muß[22]. Erst durch die Gewohnheit wird der Grundsatz zum Rechtssatz, die Überzeugung des Volks von dem was Recht sein soll zur geltenden Norm, zum wirklichen Recht[23]. Sonach ist denn das Gewohnheitsrecht jenes Recht, welches sich durch eine in längerer Befolgung und Anwendung ausgesprochene rechtliche Überzeugung im Volk oder in gewissen Kreisen desselben bildet. Nach dieser Ansicht bedarf das Gewohnheitsrecht durchaus nicht eines Consenses des Gesetzgebers[24], es steht historisch vor dem Gesetz, ist das prius desselben und hat gleiche Kraft und selbständige Geltung wie das Gesetz selbst[25].

II. Wesentlich verschieden von der Gewohnheit als Gewohnheitsrecht d. h. als einem Rechtssatz, einer Rechtsnorm, welche sich auf dem Weg der Gewohnheit gebildet hat, ist die Gewohnheit im natürlichen Sinn als Übung, Gebrauch, Sitte, Herkommen[26], welche nicht eine Rechtsregel begründet, sondern als eine

---

22) Übereinstimmend heißt es in l. 32 §. 1. D. de leg. — rebus ipsis et factis populus voluntatem suam declarat; vgl. Bangerow Lehrb. der Pandekten 6. Aufl. I S. 45 Nr. 2.

23) Diese Auffassung kann als die herrschende bezeichnet werden, vgl. Kierulff Theorie des gemeinen Civilr. (1839) I S. 6 fg., Sintenis Das prakt. gemeine Civilr. (1844) I §. 3, insbes. S. 22 fg. und Note 8, Wächter II §. 9, insbes. Note 9, Mühlenbruch I §. 38, Stahl Rechtsphilos. II S. 238 fg., Bangerow I §. 14. — Wenn Thöl Einleit. S. 134 Note 3 sagt: „Es setzt das Dasein einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung keineswegs voraus, daß der Rechtssatz bereits in Anwendung gekommen sei. Es gibt zwar keine ungesprochene Sprache und keine ungeübte Sitte, wohl aber ein ungeübtes Recht d. h. unangewandte Rechtssätze," so liegt hierein ein Sophisma. Allerdings gibt es Rechtssätze, welche nicht angewandt werden, wie z. B. Rechtssätze, die die Gesetzgebung aufstellt und welche noch in keinem concreten Fall zur Anwendung gekommen sind; ebenso gibt es antiquirte Rechtssätze und in diesem Sinn gibt es denn auch ungesprochene (todte) Sprachen, ungeübte (abgestorbene) Sitten. Aber in allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß der nicht angewandte Rechtssatz bereits bestehe; sowenig es eine Sprache gibt, die nie gesprochen wurde, eine Sitte, die nie geübt wurde, so wenig gibt es ein Gewohnheitsrecht, bevor nach der Überzeugung gehandelt wurde.

24) Doch gibt es selbst heutzutage noch gemeinrechtliche Schriftsteller, welche die entgegengesetzte ältere Ansicht theilen, wie z. B. Thibaut in der 8. Aufl. seines Systems (1834) §. 17 fg., R. Schmid in der Recension von Beselers Volksrecht (Kritisch Jahrb. f. Rechtswiss. 1844 S. 399. 406; gegen Schmid s. die richtigen Einwendungen Renauds I S. 76 Note 4), Maurenbrecher Deutsches Privatr. (2. Aufl. 1840) I §. 21. — Dieser Ansicht ist auch noch Winiwarter (2. Aufl. 1838) I S. 90.

25) Es ist daher durchaus nicht zu billigen, wenn Winiwarter I S. 90 die Überschrift gibt: „Normen welche mit den Gesetzen Ähnlichkeit haben" und dahin sowohl das Gewohnheitsrecht als die Privilegien rechnet.

26) Über den vieldeutigen Ausdruck Herkommen vgl. Puchta Vorles. I

bloße Wiederkehr gleichförmiger Handlungen, als eine ſtetige Wiederholung gewiſſer Vorgänge erſcheint, welche ihren Grund nicht in einer Rechtsüberzeugung, ſondern in dem rein äußerlichen Satz consuetudo est altera natura haben[27]. Wenn es z. B. an einem Ort üblich iſt bei einer Leichenfeier einen Leichenſchmaus zu halten, oder nach geſchloſſenem Handel ins Gaſthaus zu gehen und Wein zu trinken, oder das Vieh nicht im April, ſondern im Mai auf die Weide zu führen, ſo ſpricht ſich in allen dieſen Vorgängen ſicher keine Rechtsüberzeugung aus: es iſt nicht eine Rechtsüberzeugung, welche in und durch Gewohnheit zum Rechtsſatz wird, ſondern es ſind dieß Handlungen, welche durch Wiederholung zu natürlichen Gewohnheiten, zur Sitte werden. Auf ſolche Orts- und Landesgebräuche findet nun im bürgerl. Geſetzb. öfters Berufung ſtatt. So z. B. wenn es im §. 1109 heißt, daß nach beendetem Pacht das Grundſtück in gewöhnlicher wirthſchaftlicher Cultur zurückgeſtellt werden müſſe, ſo iſt hierbei auf die in dieſem Bezirke übliche wirthſchaftliche Culturart zu ſehen. Ebenſo wenn im §. 549 vorgeſchrieben wird, daß das Begräbniß dem Gebrauch des Orts angemeſſen ſein ſoll, pflegt man z. B. an dem Ort A die Todten unter den Tönen wehklagender Muſik zu begraben, ſo iſt doch wohl in dieſer Übung nicht der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung zu ſehen. Das Gleiche gilt von dem §. 501, nach deſſen Beſtimmung rückſichtlich der Triftzeit auf den Gebrauch in der Markung zu ſehen iſt, alſo darauf, wie es in wirthſchaftlicher Beziehung von je her gehalten wird. Wenn ferner im §. 389 und §. 390 vorgeſchrieben wird, daß der Fund auf die an jedem Ort übliche Weiſe bekannt gemacht werde, ſo wird die Behörde darauf verwieſen dem Herkommen zu folgen, alſo z. B. am Ort A den Fund durch Trommelſchlag, am Ort B durch Maueranſchlag bekannt zu geben, und es liegt auch in dieſer Beſtimmung nicht die entfernteſte Spur der Anerkennung eines gewohnheitlichen Rechtsſatzes[28].

S. 26, Renaud I §. 36; über neuere Verſuche dieſen Ausdruck auf eine beſtimmte Bedeutung zu beſchränken vgl. Bangerow I S. 46.

27) Vgl. Puchta Gewohnheitsr. I S. 76 Note 5.

28) In ähnlicher Weiſe heißt es im §. 13 des Patents v. 27. Dec. 1851, daß die Geſetze auf die an jedem Ort und in jedem Land übliche Weiſe proclamirt werden ſollen. — Das Citat des §. 1029 bei Stubenrauch I S. 101 beruht wohl auf einem Druckfehler.

Unsere Schriftsteller begehen nun — mit einer einzigen Ausnahme[29] — den wesentlichen Verstoß das Gewohnheitsrecht, von dem §. 10 a. b. G. B. handelt, und die bloße natürliche Gewohnheit, welche nicht der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung ist, untereinander zu werfen und beim §. 10 als Fälle, in denen sich das Gesetzbuch in der That auf Gewohnheitsrecht berufe, die so eben allegirten Paragraphe des a. b. G. B. anzuführen. Die Veranlassung zu diesem Irrthum, der sich schon bei Zeiller[30] findet, ja noch über denselben hinaufzureichen scheint[31], liegt einerseits in dem Ausdruck „Gewohnheiten" im §. 10, ein Ausdruck, der eben so gut dazu dient das Gewohnheitsrecht zu bezeichnen, als die bloß natürliche Sitte und Übung, welche keinen Rechtssatz umschließt; andererseits in der exegetischen Methode, welche in dem Trieb Parallelstellen aufzutreiben und nach Art der Glossatoren jede Bestimmung des Gesetzbuchs aus einer andern heraus zu erklären Vieles vereinigt, was besser geschieden bleibt. Jener Irrthum ist aber nicht bloß ein theoretischer, er hat auch praktisch wichtige Folgen. Einmal sind jene Schriftsteller genöthigt die Berücksichtigung der Sitte nur in so fern zuzulassen, als das Gesetz sich ausdrücklich darauf beruft (arg. §. 10). Hierdurch gelangen sie zu einer ganz verfehlten Beschränkung, indem gerade umgekehrt immer und ohne daß es einer ausdrücklichen Berufung von Seite des Gesetzbuchs bedürfte, auf die natürliche Gewohnheit, die Sitte Rücksicht zu nehmen ist. Lebt und stirbt z. B. A in Wien, B in einem kleinen mährischen Dorf und jeder vermacht einem Legatar 1000 Fl., so wird die Frage, ob dieses Legat in Conventionsmünze oder in Wiener Währung gemeint sei, ohne Zweifel mit Rücksicht auf den Ortsgebrauch zu lösen sein[32]. Eben so muß in andern Fällen,

29) Winiwarter (I S. 94) allein ist es, bei dem sich die richtige Ansicht findet; Stubenrauch I S. 100. 101 macht wieder die im Text gerügte Verwechslung.

30) Comment. I S. 80; ebenso bei den übrigen Schriftstellern z. B. Schuster I S. 184 fg., Ellinger ad §. 10 u. d. A.

31) Schon im Josephin. Gesetzb. nemlich (I §. 14 fg.) scheint jene Verwechslung statt zu finden.

32) cf. l. 50 §. 3 D. de leg. I. (Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt legati, ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo deinde regionis in qua versatus est inquirenda est —.) l. 75 D. de leg. III. l. 24 §. 1 D. qui test. fac. poss. (28, 1). — Dem im Text Gesagten steht das Hofdecr. v. 25. Oct. 1817 (Michel Nr. 1230) nicht entgegen.

wo ſich thatſächliche Gewohnheiten gebildet haben, welche keine Rechtsregeln begründen, auf dieſelben Rückſicht genommen werden, und es gilt auch für das öſterreichiſche Recht die Regel ea quae sunt moris vel consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire (l. 31 §. 20 D. de aedil. ed. 21, 1)[33]. Beſteht z. B. an einem Ort die Sitte das Miethgeld vorauszubezahlen, ſo muß der Miether dasſelbe pränumeriren, ſollte die Vorausbezahlung auch nicht ausdrücklich ſtipulirt worden ſein (l. 31 §. 20 cit.), und die gleiche Rückſicht auf die Gewohnheit muß ſtattfinden, wenn es etwa in der einen oder andern Gegend üblich ſein ſollte den Dienſtboten das Handgeld nicht in den Lohn einzurechnen, ſondern als Draufgeld zu belaſſen[34]. — Was dann den Beweis der Sitte des Ortsgebrauchs u. ſ. f. anbelangt, ſo hat denſelben jene Partei, welche ſich darauf beruft, in den gewöhnlichen civilproceſſualiſchen Formen zu erbringen. Auch hierin findet alſo ein weſentlicher Unterſchied vom Gewohnheitsrecht ſtatt, und es iſt irrig, wenn in neueſter Zeit Stubenrauch (I. S. 101) die Grundſätze, welche für den Beweis des Gewohnheitsrechts gelten, auf den Beweis der natürlichen Gewohnheit zu übertragen verſucht hat.

III. Juriſtenrecht[1].

§. 6. Die Thätigkeit des Juriſtenſtandes iſt wie ſeine Wirkſamkeit eine zweifache. Die Thätigkeit des Juriſtenſtandes iſt eine theoretiſche (literariſche), indem er in Lehre und Schrift das geltende Recht darſtellt, oder eine praktiſche (gerichtliche), indem er einen entſtandenen Rechtsſtreit entſcheidet[2]. Die Wirkſamkeit des-

33) Beiſpiele aus dem röm. Recht ſ. in l. 6 D. de evict. (21, 2) (vgl. über dieſe Stelle Savigny Syſtem VIII S. 253 fg.) l. 4 pr. D. de usur. (22, 1) l. 34 D. de R. J. und vgl. Puchta Gewohnheitsr. S. 76—78 in der Note.

34) Nur wird in ſolchen Fällen natürlich immer vorausgeſetzt, daß beide Parteien die Sitte kannten und ſich ihr ſomit ſtillſchweigend unterwarfen. Dadurch unterſcheidet ſich eben die Sitte vom Gewohnheitsrecht, welches ſich auch in Anſehung der naturalia negotii bilden kann (vgl. Puchta Gewohnh. I S. 169 fg.), indem es im letzteren Fall auf die Kenntniß oder Unkenntniß der betreffenden Perſonen durchaus nicht ankommt; vgl. auch Renaud I §. 36 Note 7.

1) Puchta Gewohnheitsrecht I S. 164—167, II S. 14—21, Savigny I §§. 14. 19. 20, Puchta Inſtitut. I §§. 15. 18, Pandekt. §. 16, Vorleſung. I S. 38—42, Wächter II §. 10, Stahl Rechtsphiloſ. II S. 254—256, Thöl Einleit. §. 55.

2) In einem andern Sinn gebraucht Savigny §§. 19. 20. dieſe Ausdrücke.

schriftsteller begehen nun — mit einer einzigen Aus-
den wesentlichen Verstoß das Gewohnheitsrecht, von
. b. G. B. handelt, und die bloße natürliche Gewohn-
nicht der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung ist, unter-
werfen und beim §. 10 als Fälle, in denen sich das Ge-
der That auf Gewohnheitsrecht berufe, die so eben alle-
agraphe des a. b. G. B. anzuführen. Die Veranlassung
Irrthum, der sich schon bei Zeiller[30] findet, ja noch über
hinaufzureichen scheint[31], liegt einerseits in dem Ausdruck
heiten" im §. 10, ein Ausdruck, der eben so gut dazu dient
ohnheitsrecht zu bezeichnen, als die bloß natürliche Sitte
ng, welche keinen Rechtssatz umschließt; andererseits in der
en Methode, welche in dem Trieb Parallelstellen aufzutreiben
h Art der Glossatoren jede Bestimmung des Gesetzbuchs
r andern heraus zu erklären Vieles vereinigt, was besser ge-
bleibt. Jener Irrthum ist aber nicht bloß ein theoretischer,
uch praktisch wichtige Folgen. Einmal sind jene Schriftsteller
gt die Berücksichtigung der Sitte nur in so fern zuzulassen, als
setz sich ausdrücklich darauf beruft (arg. §. 10). Hierdurch
n sie zu einer ganz verfehlten Beschränkung, indem gerad
ort immer und ohne daß es einer ausdrücklichen Berufung v
es Gesetzbuchs bedürfte, auf die natürliche Gewohnheit,
ücksicht zu nehmen ist. Lebt und stirbt z. B. A in Wien,
leinen mährischen Dorf und jeder vermacht einem L
l., so wird die Frage, ob dieses Legat in Conventions
Wiener Währung gemeint sei, ohne Zweifel mit Rück
sgebrauch zu lösen sein[32]. Eben so muß in ander

Winiwarter (I S. 91) allein ist es, bei dem sich die r
tubenrauch I S. 100. 101 macht wieder die im Ter

omment. I S. 80; ebenso bei den übrigen Schriftstell
81 fg., Ellinger ad §. 10 u. d. A.
chon im Josephin. Gesetzb. nemlich (I §. 11 fg.) sch
finden.
l. 50 §. 3 D. de leg. I. (Si num
quales sunt legati, ante
regionis in qua ve
§. 1 D. qui test
ecr. v. 25. §

wo sich thatsächliche [illegible] ndes macht sich
regeln begründen. [illegible] In dieser Be-
gilt auch für das [illegible] estehende Recht
vel consuetudinis [illegible] erborgenen In-
§. 20 D. de [illegible] uf denen es be-
Satz des [illegible] n aus demselben
[illegible] n und den gan-
[illegible] s Ganze sich ge-
[illegible] ist kein Produci-
[illegible] Entfaltung des
[illegible] ße, welche der auf
[illegible] ben nicht durch ihr
[illegible] ie unterliegen viel-
[illegible] und einer Probe der
[illegible] welche sie gewon-
[illegible] der Rechtsgelehrten
[illegible] Autorität[5], sondern
[illegible] chen, als sie auf inne-
[illegible] n, daß die Wissenschaft
[illegible] Rechtsquelle sei, da die
[illegible] der Prüfung der Einzel-
[illegible] bloß Lehrsätze nicht aber
[illegible] hre Recht (Juristenrecht in
[illegible] mit dem Gesetzes- und Ge-
[illegible] linie stehe[7].

[illegible] utete vgl. insbes. Puchta Ge-
[illegible] neuerer Zeit Maurenbrecher I
[illegible].

[illegible] r der Bearbeiter der Wissenschaft ist,
[illegible] sicht genießen. Daher ist, wie Wächs-
[illegible] das Allegiren und Zusammenstellen tüch-
[illegible] wenigen Fragen am Platz, da es auf eine
[illegible] ne Entscheidung bekräftigt, ihrem Gewicht
[illegible] bloß auf die Überzeugung, sondern auch die

[illegible] höl a d a C.
[illegible] 236. 257, Bocking I S. 18 Note ζ, Scheurl
[illegible] Mittelbar kann aber allerdings die Wissen-
[illegible] das Volksbewußtsein und die Gesetzgebung einwir-
[illegible] a werden, daß ein Lehrsatz als Rechtssatz aufgestellt

In gleicher Weise verhält es sich mit der praktischen Thätigkeit der Juristen. Die einzelnen Entscheidungen eines Gerichtes (Präjudicien), mögen sie auch in langer Reihe gleichförmig wiedergekehrt sein (Gerichtsgebrauch, Praxis), haben keine bindende äußere Autorität (legis vim) für das urtheilende Gericht. Mag ein Gericht noch so lange einer Ansicht gemäß gesprochen haben, so ist es dennoch für die Zukunft daran nicht gebunden; erkennt es nemlich daß es in früheren Fällen unrichtig geurtheilt habe, so hat es an dem Irrthum, weil er ein hergebrachter ist, nicht festzuhalten. Die Autorität, welche die Präjudicien beanspruchen können, ist lediglich eine innere auf der Richtigkeit der Deduction des fraglichen Satzes beruhende. Es versteht sich aber von selbst, daß der Richter die Gleichförmigkeit der Rechtssprüche nicht leichtsinniger Weise, sondern nur dann unterbrechen wird, wenn er ganz entschieden die Überzeugung von der Unrichtigkeit der früheren Deduction gewonnen hat[9].

Die entgegengesetzte Ansicht, welche den Präjudicien überhaupt oder doch in gewissen Fällen, wie bei zweifelhaftem Sinn der Gesetze oder bei Lücken in der Gesetzgebung, äußere Autorität (Gesetzeskraft) beilegen wollte, hat sich bis auf die neuere Zeit erhalten[10]: ihr ausdrücklich entgegenzutreten ist die Bestimmung des §. 12 des bürgerl. Gesetzbuchs, welcher aber freilich zwei wesentlich verschiedene Fragen in unzukömmlicher Weise gemeinschaftlich behandelt[11].

Auch die Präjudicien der Obergerichte haben für die Untergerichte keine bindende äußere Autorität (cum non exemplis sed legibus judicandum sit l. 13 C. de sentent. 7, 45)[12]. Der Unterrichter wird aber auch hier wohl daran thun nicht leichtsinniger Weise von der Ansicht des höheren Gerichtes abzuweichen, sondern die ihr zukommende innere Autorität anzuerkennen. In neuester Zeit ist jedoch bei uns in diesem Punkt in so fern eine Änderung eingetreten, als dem

---

wird; ja die Gesetzgebung wird in den meisten Fällen nichts anderes sein als eine Festsetzung der theoretischen Überzeugungen ihrer Zeit.

9) l. 23 D. de leg. (1, 3): Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt.

10) Vgl. hierüber Puchta Vorles. I S. 41. 42, Wächter Note 6.

11) Nemlich die Fragen, ob die Präjudicien bindend seien und für welche Personen das rechtskräftige Urtheil formelle Wahrheit bilde. — Vgl. Koch I §. 32.

12) Wie man früher häufig behauptet hat, so z. B. Schweppe Das röm. Privatr. in s. heutigen Anwendung (4. Aufl. 1828) I S. 17, Thibaut System §. 16.

oberſten Gerichts- und Caſſationshof das Recht eingeräumt wurde über Auftrag des Juſtizminiſters in einer Plenarverſammlung „über ſtreitige Rechtsfragen eine Entſcheidung zu treffen, welche den untergeordneten Gerichten als Erläuterung zu dienen hat“ [13].

Zweites Capitel.

Von der Beſchaffenheit der Privatrechtsnormen.

I. Umfang der Privatrechtsnormen[1]. Univerſelles und particuläres Geſetz. Allgemeines und individuelles Geſetz.

§. 7. Das Geſetz muß ſeinem Umfang nach in zwei Beziehungen unterſchieden werden, in Beziehung auf ſeinen räumlichen und in Beziehung auf ſeinen gegenſtändlichen Umfang.

I. In Beziehung auf den räumlichen Umfang iſt das Geſetz[2] und ebenſo das Recht als der Inbegriff aller Rechtsſätze entweder ein univerſelles (auch gemeines genannt, jus universale, jus commune), wenn es im ganzen Umfange des Staates gilt, oder ein particuläres (jus particulare), wenn es nur in einem beſtimmten Theile des Staatsgebietes gilt[3]. Der Begriff des gemeinen univerſellen Rechts ſetzt ſomit mehrere Gebiete voraus, in denen dieſelben Rechtsſätze und Rechtsnormen deßhalb gelten, weil jene Gebiete Theile eines Ganzen ſind, für welches die gleiche Rechts-

13) Patent v. 7. Aug. 1850 §. 16 lit. f. §. 36 (Anhang Nr. 2). Eine ähnliche Beſtimmung beſteht in Preußen (Cabinetsordre v. 4. Aug. 1835; vgl. Bornemann I S. 41. 42) und in Baiern (Geſetz v. 17. Nov. 1837); vgl. Arnold in Schletter's Jahrbüchern I S. 174). Schon das Reichskammergericht hatte das Recht proviſoriſche Geſetze über zweifelhafte Rechtsfragen, ſ. g. gemeine Beſcheide (communia decreta), zu erlaſſen. Reichsabſch. v. 1570 §. 77; vgl. Linde Lehrb. des gem. Civilproceſſes 5. Aufl. (1850) §. 20, Falck Juriſt. Encyclop. 5. Aufl. (1854) §. 16.

1) Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Bd II Abhandl. 13. „Über die gewöhnliche Eintheilung der Rechtsquellen“ S. 234 fg., vgl. auch Sintenis I §. 9, Wächter II §. 2, Böcking I §. 94.

2) Unter Geſetz kann hier ſowohl das Geſetz im weitern Sinn, in welchem es mit Privatrechtsnorm, Rechtsſatz gleichbedeutend iſt, als das Geſetz im engern und eigentlichen Sinn verſtanden werden, da es nach öſterr. Recht keine andern Rechtsſätze gibt als ſolche, deren Quelle das Geſetz im eigentl. Sinn iſt.

3) Vgl. hierüber auch Thöl Einleitung §. 46.

quelle formell giltig ist[4]. Der Begriff gemeines und particuläres Gesetz, gemeines und particuläres Recht ist ebenso fließend wie die Begriffe Ganzes und Theil, worauf jener beruht. Was in der einen Beziehung Ganzes oder Theil ist, kann in anderer Beziehung Theil oder Ganzes sein; ebenso kann ein Rechtsgebiet in kleinere Rechtsgebiete zerfallen und zugleich Theil eines größeren Rechtsgebietes sein. Je nachdem daher das particuläre Recht selbst wieder in mehreren Kronländern[5] oder nur in einem Kronlande[6] oder bloß in einem bestimmten Ort eines Kronlandes gilt[7], wird es bald von größerem bald von beschränkterem örtlichen Umfang sein und der in einem kleineren Bezirk herrschenden Norm gegenüber selbst wieder als gemeines Recht erscheinen[8]. Die Möglichkeit einer solchen Verschiedenheit erkennt das Patent vom 27. December 1852 die Kundmachung der Gesetze durch das Reichs- und Landesgesetzblatt betreffend an (§. 9 desf.), und es gibt in der That zahlreiche Beispiele solcher örtlicher Verschiedenheiten auch in der Sphäre des österreichischen Privatrechts. Zufolge des Grundsatzes daß das Besondere dem Allgemeinen vor-

---

4) Hierauf beruht der so wichtige Unterschied des formell und materiell gemeinen Rechts, je nachdem nemlich in verschiedenen Rechtsgebieten die gleichen Rechtssätze deßhalb herrschen, weil sie aus einer für diese sämmtlichen Rechtsgebiete formell giltigen Rechtsquelle fließen, oder deßhalb, weil sie in der durch Stammes- und sonstige Verwandtschaft vermittelten Gleichheit des Rechtsbewußtseins ihre gemeinsame Wurzel haben. Vgl. hierüber insbes. Wächter Gemeines Recht Deutschlands (1844) S. 6 fg. (Thöl Einleit. §. 46 verläßt das von ihm aufgestellte Princip und kommt vom Ausgangspunkt eines formell gemeinen Rechts zur Annahme eines gemeinen europäischen Rechts, das doch höchstens nur ein materiell gemeines sein kann.) So gibt es jetzt in ganz Österreich ein formell gemeines Privatrecht, während es vor den neuesten Verfassungsänderungen und vor der Ausdehnung der Herrschaft des bürgerl. Gesetzb. über alle Länder der Monarchie höchstens ein materiell gemeines Privatrecht geben konnte. Dagegen bildet die neue deutsche Wechselordnung nur materiell, nicht formell gemeines Recht.

5) So z. B. die Vorschriften über Wohnungsaufkündigungen in Böhmen, Mähren und Schlesien zufolge Justizministerialverordnung v. 8. Oct. 1863 Michel Nr. 1321, welche dem universellen Rechtssatz des §. 1116 a. b. G. B. gegenüber als particuläres Recht erscheinen.

6) So z. B. die Vorschrift über den in der Note 4 angegebenen Gegenstand für Dalmazien, Hofdecr. v. 30. Dec. 1843 (Michel Nr. 1320).

7) So. z. B. die Vorschriften über den gleichen Gegenstand für die Städte Wien, Lemberg, Linz u. s. f.

8) So z. B. gegenüber der Vorschrift für Prag über die Wohnungsaufkündigungen (Hofkanzleidecr. v. 9. März 1805, Michel Nr. 1322), die Vorschrift die in Note 5 angeführt wurde.

geht, ſchließt die particuläre Norm die Anwendung der allgemeinen aus[9].

II. In Beziehung auf ſeinen gegenſtändlichen Umfang kann das Privatrechtsgeſetz entweder eine allgemeine die Rechtsverhältniſſe in abstracto regelnde Norm aufſtellen d. h. einen unter gleichen Umſtänden in allen Fällen geltenden Rechtsſatz zum Inhalt haben, oder es kann der Inhalt desſelben lediglich in der individuellen Normirung des concreten Rechtsverhältniſſes einer beſtimmten Perſon oder Sache beſtehen[10]. Im erſten Falle iſt ein objectiver Rechtsſatz vorhanden, welcher auf alle Perſonen oder Sachen, die in das beſtimmte Verhältniß treten, zur Anwendung kommt: es ſind die Rechtsverhältniſſe aller oder gewiſſer Claſſen von Perſonen und Sachen, deren Normirung in abstracto das Geſetz zum Gegenſtand hat. Im zweiten Falle dagegen iſt mit dem Geſetz zugleich das Individuum beſtimmt, deſſen concretes Verhältniß normirt wird: es fließt in dieſem Falle die Rechtsquelle nur für ein beſtimmtes Individuum und der Umfang der Norm reicht nicht über den Rechtskreis des fraglichen Individuums hinaus[11]. Ein Geſetz der erſten Art heißt allgemeines Geſetz (allgemeines Recht) im weiteren Sinne[12] (leges, constitutiones edictales, generales; jus generale), ein Geſetz der letzteren Art individuelles Geſetz (constitutio personalis, jus individuale)[13]; erſteres iſt Quelle des ob-

9) Vgl. Savigny Syſtem I §§. 21. 45. Dieſe Regel drückt die Parömie aus: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht.

10) Mit Unrecht combinirt Mühlenbruch I §. 48 und ebenſo Schilling II §. 14 dieſe Eintheilung mit der vorhergehenden, wie bereits Wächter Handb. II §. 2 Note 4 und Gemeines Recht Deutſchl. S. 4 Note 2 bemerkt hat.

11) Es iſt eine lex in privos lata vorhanden; l. 2 C. de leg. (1, 14) — nec generalia jura sint sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata.

12) Über die Eintheilung des allgemeinen Rechts im weitern Sinn in allgemeines Recht im engern Sinn und in beſonderes ſpecielles Recht ſ. Einleit. I. Der Ausdruck jus speciale wird aber auch von manchen Schriftſtellern (z. B. Thibaut §. 31, Wächter §. 2) gebraucht um das zu bezeichnen, was im Text jus individuale genannt wurde.

13) l. 4 §. 2 D. de constit. princ. (1, 4) §. 6 I. de jur. natur. (1, 2). Man pflegt dieſe constitutiones personales wohl auch Gnadenreſcripte zu nennen (ſo z. B. Mühlenbruch I §. 35), eine Bezeichnung, die aber zu eng iſt; vgl. Savigny I S. 130 Note c.

jectiven Rechts, der allgemeinen Rechtssätze und Rechtsregeln, letzteres Quelle von Rechten und Verbindlichkeiten im subjectiven Sinn (vgl. den folgenden §.).

Die Form, in welcher ein Gesetz erlassen wird, entscheidet an sich noch nicht darüber, ob die gesetzliche Bestimmung eine allgemeine Rechtsnorm sei, oder ob sie bloß für das concrete Rechtsverhältniß eines bestimmten Individuums zu gelten habe, d. h. ob das Gesetz als allgemeines oder als individuelles zu betrachten sei[14]. Es kann die gesetzliche Verfügung an eine einzelne Person z. B. an ein einzelnes Gericht oder an einen einzelnen Beamten erlassen werden und dennoch zum jus generale gehören, sobald sie nur die Absicht hat eine allgemein geltende Rechtsnorm auszusprechen[15]. Die Frage, ob ein Rechtssatz, welcher einer individuellen Entscheidung (einem Decret oder einem Rescript) zu Grunde liegt, oder in demselben ausdrücklich ausgesprochen wurde, auch für andere Fälle als allgemeine Rechtsnorm Giltigkeit habe, ist von den gemeinrechtlichen Schriftstellern mit Rücksicht auf das römische Recht vielfach besprochen worden[16]. Sie hat hier die bestimmtere Fassung erhalten, ob s. g. Justizrescripte (rescripta generalia)[17] und Decrete des Landesherrn Gesetzeskraft (vim legis) haben. Die Antwort fiel und fällt bald bejahend bald verneinend aus[18]. Die Negation spricht das österreichische Gesetzbuch nach dem Vorgang des preußischen Landrechts[19] im §. 12 a. b. G. B. in den Worten aus: „Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen — haben nie die Kraft eines Gesetzes; sie

14) Vgl. insbes. Wächter II S. 12 f.

15) Aus dem römischen Recht gehören hierher die generales epistolae und generalia rescripta, vgl. Savigny I S. 131. — Nach österr. Recht ist in diesem Punkt die Aufnahme der fraglichen Instruction, Belehrung u. s. f. in die Justizgesetzsammlung und gegenwärtig in das Reichsgesetzblatt entscheidend.

16) Von älteren Schriftstellern s. insbes. Glück I §. 96 Nr. II. III S. 535 fg. und den Wiener Heineccius I S. 39. 40 der die Gesetzeskraft der Rescripte und Decrete läugnet.

17) Denn daß s. g. Gnadenrescripte (rescripta personalia, vgl. Note 13) niemals auf andere Fälle angewendet werden dürfen das wurde stets anerkannt, vgl. Puchta Institut. I S. 538. 539, Mühlenbruch I §. 36, Schilling II §. 14 Note f.

18) Savigny I S. 128 fg. läugnet die Gesetzeskraft der Rescripte, während sie von Mühlenbruch I §. 36, Puchta Institut. I S. 532. 533. 632 fg., Böcking I §. 15 u. A. vertheidigt wird.

19) Einleit. §. 5. Vgl. Bornemann I S. 35. 36, Koch I §. 33.

können auf andere Fälle — nicht ausgedehnt werden." Allein wie für das preußiſche Recht, ſo iſt für unſer öſterreichiſches Recht jene Beſtimmung geradezu unpraktiſch und überflüſſig, da die ſtaatsrechtlichen Vorausſetzungen jener Frage gänzlich hinweggefallen ſind[20].

II. Natur der Privatrechtsnormen. Regelmäßiges und ſinguläres Recht. Privilegien.

§. 8. Der Rechtsſatz, welcher in einer Privatrechtsnorm enthalten iſt, kann verſchiedener Natur ſein. Er kann mit den Grundregeln des beſtehenden Rechts und mit den ſtrengen Rechtsbegriffen in Übereinſtimmung ſtehen (secundum jus) oder von denſelben abweichen und Ausnahmsbeſtimmungen enthalten (contra jus), welche aus Gründen gemacht wurden, die dem Rechtsgebiete fremd ſind. Im erſteren Falle iſt der Rechtsſatz secundum rationem juris, im zweiten

---

20) Jene constitutiones principum, auf welche der §. 12 a. b. G. B. anſpielt, waren 1) Entſcheidungen eines einzelnen ſtreitigen Rechtfalls ſowohl durch Interlocute als durch Endurtheile (interlocuta et decreta l. 1 §. 1 D. de constit. princ. 1, 4). Den decretis hat Juſtinian ausdrücklich Geſetzeskraft beigelegt (l. 12 C. de leg. 1, 14), vgl. Savigny I S. 127, Puchta Inſtitut. I S. 637. „Verfügungen" dieſer Art können bei uns nicht vorkommen, da die richterliche Gewalt durch unabhängige Gerichte ausgeübt wird und in jenen Entſcheidungen ein Act unſtatthafter Cabinetsjuſtiz zu ſehen wäre (vgl. §. 39 Thl I des weſtgal. Geſetzb., welcher ausdrücklich erklärte daß „Entſcheidungen, welche ohne das vorgeſchriebene richterliche Verfahren ergehen oder ſ. g. Machtſprüche weder Kraft noch Wirkung haben ſollen." Dieſer §. ſtimmt mit §. 6 der Einleitung des preuß. Entwurfs überein und iſt in das Geſetzbuch v. Jahr 1811 wohl aus den gleichen Gründen nicht übergegangen, aus denen §. 6 des Entw. nicht ins preuß. Landrecht aufgenommen wurde; vgl. Bornemann I S. 35. Vgl. auch §. 19 a. b. G. B. und Schuſter I S. 277). 2) Reſcripte. Dieſe ſind entweder die gewöhnlich ſ. g. Gnadenreſcripte oder Juſtizreſcripte. Daß erſtere nur für den einzelnen Fall Giltigkeit haben können verſteht ſich von ſelbſt. Juſtizreſcripte wurden entweder auf Anfragen einer Partei (libellus) oder auf Anfrage des Richters (relatio, consultatio) erlaſſen, vgl. Savigny I S. 132. 133. Solche Anfragen kommen heutzutage bei uns gar nicht mehr vor, weder von Seiten der Parteien, noch von Seiten der Richter, da dieſe angewieſen ſind ihr Amt zu handeln (§. 7 a. b. G. B.). Anders ſtand es noch nach dem Joſephin. Geſetzb. I §. 26, was jedoch bereits §. 19 des weſtgal. Geſetzb. Thl I änderte. Somit iſt denn aber in der That alle Veranlaſſung zu jener Beſtimmung im §. 12 a. b. G. B. hinweggefallen. Unſere öſterr. Schriftſteller gehen mit großer Harmloſigkeit am §. 12 vorüber, indem ſie ſich mit einer Paraphraſe dieſes Paragraphen begnügen; vgl. z. B. den neueſten Schriftſteller Stubenrauch I S. 103. — Sehr belehrend auch für das öſterr. Recht ſind in dieſem Punkt die Materialien zum preuß. Landrecht.

Unsere Schriftsteller begehen nun — mit einer einzigen Ausnahme[29] — den wesentlichen Verstoß das Gewohnheitsrecht, von dem §. 10 a. b. G. B. handelt, und die bloße natürliche Gewohnheit, welche nicht der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung ist, untereinander zu werfen und beim §. 10 als Fälle, in denen sich das Gesetzbuch in der That auf Gewohnheitsrecht berufe, die so eben allegirten Paragraphe des a. b. G. B. anzuführen. Die Veranlassung zu diesem Irrthum, der sich schon bei Zeiller[30] findet, ja noch über denselben hinaufzureichen scheint[31], liegt einerseits in dem Ausdruck „Gewohnheiten" im §. 10, ein Ausdruck, der eben so gut dazu dient das Gewohnheitsrecht zu bezeichnen, als die bloß natürliche Sitte und Übung, welche keinen Rechtssatz umschließt; andererseits in der exegetischen Methode, welche in dem Trieb Parallelstellen aufzutreiben und nach Art der Glossatoren jede Bestimmung des Gesetzbuchs aus einer andern heraus zu erklären Vieles vereinigt, was besser geschieden bleibt. Jener Irrthum ist aber nicht bloß ein theoretischer, er hat auch praktisch wichtige Folgen. Einmal sind jene Schriftsteller genöthigt die Berücksichtigung der Sitte nur in so fern zuzulassen, als das Gesetz sich ausdrücklich darauf beruft (arg. §. 10). Hierdurch gelangen sie zu einer ganz verfehlten Beschränkung, indem gerade umgekehrt immer und ohne daß es einer ausdrücklichen Berufung von Seite des Gesetzbuchs bedürfte, auf die natürliche Gewohnheit, die Sitte Rücksicht zu nehmen ist. Lebt und stirbt z. B. A in Wien, B in einem kleinen mährischen Dorf und jeder vermacht einem Legatar 1000 Fl., so wird die Frage, ob dieses Legat in Conventionsmünze oder in Wiener Währung gemeint sei, ohne Zweifel mit Rücksicht auf den Ortsgebrauch zu lösen sein[32]. Eben so muß in andern Fällen,

29) Winiwarter (I S. 94) allein ist es, bei dem sich die richtige Ansicht findet; Stubenrauch I S. 100. 101 macht wieder die im Text gerügte Verwechslung.

30) Comment. I S. 80; ebenso bei den übrigen Schriftstellern z. B. Schuster I S. 184 fg., Ellinger ad §. 10 u. d. A.

31) Schon im Josephin. Gesetzb. nemlich (I §. 11 fg.) scheint jene Verwechslung statt zu finden.

32) cf. l. 50 §. 3 D. de leg. I. (Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt legati, ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo deinde regionis in qua versatus est inquirenda est —.) l. 75 D. de leg. III. l. 24 §. 1 D. qui test. fac. poss. (28, 1). — Dem im Text Gesagten steht das Hofdecr. v. 25. Oct. 1817 (Michel Nr. 1250) nicht entgegen.

wo ſich thatſächliche Gewohnheiten gebildet haben, welche keine Rechtsregeln begründen, auf dieſelben Rückſicht genommen werden, und es gilt auch für das öſterreichiſche Recht die Regel ea quae sunt moris vel consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire (l. 31 §. 20 D. de aedil. ed. 21, 1)[33]. Beſteht z. B. an einem Ort die Sitte das Miethgeld vorauszubezahlen, ſo muß der Miether dasſelbe pränumeriren, ſollte die Vorausbezahlung auch nicht ausdrücklich ſtipulirt worden ſein (l. 31 §. 20 cit.), und die gleiche Rückſicht auf die Gewohnheit muß ſtattfinden, wenn es etwa in der einen oder andern Gegend üblich ſein ſollte den Dienſtboten das Handgeld nicht in den Lohn einzurechnen, ſondern als Draufgeld zu belaſſen[34]. — Was dann den Beweis der Sitte des Ortsgebrauchs u. ſ. f. anbelangt, ſo hat denſelben jene Partei, welche ſich darauf beruft, in den gewöhnlichen civilproceſſualiſchen Formen zu erbringen. Auch hierin findet alſo ein weſentlicher Unterſchied vom Gewohnheitsrecht ſtatt, und es iſt irrig, wenn in neueſter Zeit Stubenrauch (I. S. 101) die Grundſätze, welche für den Beweis des Gewohnheitsrechts gelten, auf den Beweis der natürlichen Gewohnheit zu übertragen verſucht hat.

III. Juriſtenrecht[1].

§. 6. Die Thätigkeit des Juriſtenſtandes iſt wie ſeine Wirkſamkeit eine zweifache. Die Thätigkeit des Juriſtenſtandes iſt eine theoretiſche (literariſche), indem er in Lehre und Schrift das geltende Recht darſtellt, oder eine praktiſche (gerichtliche), indem er einen entſtandenen Rechtsſtreit entſcheidet[2]. Die Wirkſamkeit des-

33) Beiſpiele aus dem röm. Recht ſ. in l. 6 D. de evict. (21, 2) (vgl. über dieſe Stelle Savigny Syſtem VIII S. 253 fg.) l. 1 pr. D. de usur. (22, 1) l. 34 D. de R. J. und vgl. Puchta Gewohnheitsr. S. 76—78 in der Note.

34) Nur wird in ſolchen Fällen natürlich immer vorausgeſetzt, daß beide Parteien die Sitte kannten und ſich ihr ſomit ſtillſchweigend unterwarfen. Dadurch unterſcheidet ſich eben die Sitte vom Gewohnheitsrecht, welches ſich auch in Anſehung der naturalia negotii bilden kann (vgl. Puchta Gewohnh. I S. 169 fg.), indem es im letzteren Fall auf die Kenntniß oder Unkenntniß der betreffenden Perſonen durchaus nicht ankommt; vgl. auch Renaud I §. 36 Note 7.

1) Puchta Gewohnheitsrecht I S. 161—167, II S. 14—21, Savigny I §§. 14. 19. 20, Puchta Inſtitut. I §§. 15. 18, Pandekt. §. 16, Vorleſung. I S. 38—42, Wächter II §. 10, Stahl Rechtsphiloſ. II S. 251—256, Thöl Einleit. §. 55.

2) In einem andern Sinn gebraucht Savigny §§. 19. 20. dieſe Ausdrücke.

ſelben iſt entweder eine formelle (receptive), indem er das entſtandene geltende Recht zum wiſſenſchaftlichen Bewußtſein bringt, oder eine materielle (productive), indem ſich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks in den Juriſtenſtand zurückzieht und er als Repräſentant und Depoſitar des nationalen Rechtsbewußtſeins neues Recht hervorbringt.

Die materielle productive Wirkſamkeit des Juriſtenſtandes kann nur das Reſultat der praktiſchen Thätigkeit desſelben ſein[3]. Neues Recht kann ſich nur durch die Praxis d. h. durch fortgeſetzte gleichförmige Entſcheidungen der Gerichte bilden, wodurch der fragliche Satz in den Gebrauch des Gerichts übergeht (Gerichtsgebrauch) und dadurch zum Rechtsſatz wird. Dieſe gleichförmigen Entſcheidungen haben ihren Grund in der gemeinſamen Überzeugung der Juriſten, in denen das allgemeine Rechtsbewußtſein zum Ausdruck kommt. Die auf dieſe Weiſe neu gebildeten Rechtsſätze haben daher ihren Grund lediglich in der äußeren Autorität des Juriſtenſtandes als des Depoſitars der nationalen Rechtsüberzeugung, nicht aber in den wiſſenſchaftlichen Operationen und Deductionen der Juriſten als eines Kreiſes rechtsgebildeter Männer. Das Recht, welches auf dieſe Weiſe neu entſteht, iſt ſomit nicht das Reſultat der Wiſſenſchaft, ſondern nur eine Art des Gewohnheitsrechts, deſſen Organ der Gerichtsgebrauch iſt, und heißt daher Juriſtenrecht im engeren eigentlichen Sinn[4]. Da nun überhaupt das Gewohnheitsrecht im öſterreichiſchen Recht nicht anerkannt iſt, ſo kann auch von einer materiellen productiven Wirkſamkeit des Juriſtenſtandes in Öſterreich, von einem Juriſtenrecht als Rechtsquelle keine Rede ſein.

---

3) Es wird zwar öfters behauptet (z. B. Puchta Vorleſ. I S. 40, Thöl §. 55) daß die productive Wirkſamkeit des Juriſtenſtandes ſich auch in der literariſchen Thätigkeit desſelben, in einer communis opinio doctorum geltend mache. Allein mit Unrecht. Aus den Schriften der Juriſten iſt, dafern ſie nicht ſelbſt wieder den Gerichtsgebrauch bezeugen, nur zu entnehmen was nach ihrer Überzeugung Recht ſein ſoll; damit dieß wirklich Recht ſei dazu bedarf es eines vermittelnden Organs und dieß iſt die Praxis. Wenn responsa prudentium legis vicem obtinent, ſo gelten die neuen Rechtsſätze nicht in Folge eines Gewohnheitsrechts, ſondern in Folge der Wirkſamkeit, welche durch die Geſetzgebung (auctoritate principis) den Ausſprüchen jener Juriſten beigelegt worden iſt; vgl. hierüber Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Hft I (1852) Nr. IV „Wiſſenſchaftliches Recht“ insbeſ. S. 125 fg.

4) Thöl §. 55 a. E.

Die formelle receptive Wirkſamkeit des Juriſtenſtandes macht ſich vor allem in deſſen theoretiſcher Thätigkeit geltend. In dieſer Beziehung iſt es die Aufgabe des Juriſtenſtandes das beſtehende Recht zum wiſſenſchaftlichen Bewußtſein zu bringen, den verborgenen Inhalt desſelben zu Tage zu fördern, die Principien, auf denen es beruhet, zu erkennen und darzulegen, die Conſequenzen aus demſelben abzuleiten, die Lücken des poſitiven Rechts auszufüllen und den ganzen Rechtsſtoff in ein Syſtem d. h. in ein organiſches Ganze ſich gegenſeitig bedingender Rechtsſätze zu bringen. Dieß iſt kein Produciren eines neuen Rechts, ſondern Entwicklung und Entfaltung des Gegebenen, Aufdecken des Vorhandenen. Die Sätze, welche der auf dieſe Weiſe vorgehende Juriſtenſtand aufſtellt, haben nicht durch ihr bloßes Daſein Giltigkeit und zwingende Macht; ſie unterliegen vielmehr fortwährend einer Prüfung ihrer Wahrheit und einer Probe der Richtigkeit der wiſſenſchaftlichen Operation, durch welche ſie gewonnen wurden. Selbſt die übereinſtimmende Anſicht der Rechtsgelehrten (communis doctorum opinio) hat keine äußere Autorität[5], ſondern kann nur in ſo fern auf Beachtung Anſpruch machen, als ſie auf inneren Gründen beruht[6]. Hieraus ergibt ſich denn, daß die Wiſſenſchaft nicht, wie man öfters behauptet hat[7], eine Rechtsquelle ſei, da die Sätze welche ſie aufſtellt keine abſolute von der Prüfung der Einzelnen unabhängige Geltung haben, da ſie bloß Lehrſätze nicht aber Rechtsſätze ſind, und daß das wiſſenſchaftliche Recht (Juriſtenrecht in dieſem Sinne, im uneigentlichen Sinn) mit dem Geſetzes- und Gewohnheitsrecht durchaus nicht auf einer Linie ſtehe[8].

---

5) Wie man dieß im Mittelalter behauptete (vgl. insbeſ. Puchta Gewohnheitsr. I S. 162—164) und wie dieß in neuerer Zeit Maurenbrecher I §. 30 fg., §. 114 verkehrter Weiſe behauptet.

6) Je tüchtiger und bewährter daher der Bearbeiter der Wiſſenſchaft iſt, deſto mehr innere Autorität wird ſeine Anſicht genießen. Daher iſt, wie Wächter II S. 48 Note 27 trefflich bemerkt, das Allegiren und Zuſammenſtellen tüchtiger Auctoren bei wichtigen und ſchwierigen Fragen am Platz, da es auf eine ſehr natürliche Weiſe die überlegte eigene Entſcheidung bekräftigt, ihrem Gewicht noch das fremde beifügt und nicht bloß auf die Überzeugung, ſondern auch die Beruhigung Anderer wirkt.

7) So z. B. Puchta und Thöl a. d. a. O.

8) Vgl. insbeſ. Stahl S. 256. 257, Böcking I S. 18 Note ζ, Scheurl S. 121. 122, Koch I §. 31. — Mittelbar kann aber allerdings die Wiſſenſchaft mit ihren Ergebniſſen auf das Volksbewußtſein und die Geſetzgebung einwirken und ſomit die Veranlaſſung werden, daß ein Lehrſatz als Rechtsſatz aufgeſtellt

In gleicher Weise verhält es sich mit der praktischen Thätigkeit der Juristen. Die einzelnen Entscheidungen eines Gerichtes (Präjudicien), mögen sie auch in langer Reihe gleichförmig wiedergekehrt sein (Gerichtsgebrauch, Praxis), haben keine bindende äußere Autorität (legis vim) für das urtheilende Gericht. Mag ein Gericht noch so lange einer Ansicht gemäß gesprochen haben, so ist es dennoch für die Zukunft daran nicht gebunden; erkennt es nemlich daß es in früheren Fällen unrichtig geurtheilt habe, so hat es an dem Irrthum, weil er ein hergebrachter ist, nicht festzuhalten. Die Autorität, welche die Präjudicien beanspruchen können, ist lediglich eine innere auf der Richtigkeit der Deduction des fraglichen Satzes beruhende. Es versteht sich aber von selbst, daß der Richter die Gleichförmigkeit der Rechtssprüche nicht leichtsinniger Weise, sondern nur dann unterbrechen wird, wenn er ganz entschieden die Überzeugung von der Unrichtigkeit der früheren Deduction gewonnen hat [9].

Die entgegengesetzte Ansicht, welche den Präjudicien überhaupt oder doch in gewissen Fällen, wie bei zweifelhaftem Sinn der Gesetze oder bei Lücken in der Gesetzgebung, äußere Autorität (Gesetzeskraft) beilegen wollte, hat sich bis auf die neuere Zeit erhalten [10]: ihr ausdrücklich entgegenzutreten ist die Bestimmung des §. 12 des bürgerl. Gesetzbuchs, welcher aber freilich zwei wesentlich verschiedene Fragen in unzukömmlicher Weise gemeinschaftlich behandelt [11].

Auch die Präjudicien der Obergerichte haben für die Untergerichte keine bindende äußere Autorität (cum non exemplis sed legibus judicandum sit l. 13 C. de sentent. 7, 45) [12]. Der Unterrichter wird aber auch hier wohl daran thun nicht leichtsinniger Weise von der Ansicht des höheren Gerichtes abzuweichen, sondern die ihr zukommende innere Autorität anzuerkennen. In neuester Zeit ist jedoch bei uns in diesem Punkt in so fern eine Änderung eingetreten, als dem

---

wird; ja die Gesetzgebung wird in den meisten Fällen nichts anderes sein als eine Feststetzung der theoretischen Überzeugungen ihrer Zeit.

9) l. 28 D. de leg. (1, 3): Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt.

10) Vgl. hierüber Puchta Vorles. I S. 41. 42, Wächter Note 6.

11) Nemlich die Fragen, ob die Präjudicien bindend seien und für welche Personen das rechtskräftige Urtheil formelle Wahrheit bilde. — Vgl. Koch I §. 32.

12) Wie man früher häufig behauptet hat, so z. B. Schweppe Das röm. Privatr. in s. heutigen Anwendung (4. Aufl. 1828) I S. 17, Thibaut System §. 46.

oberſten Gerichts- und Caſſationshof das Recht eingeräumt wurde über Auftrag des Juſtizminiſters in einer Plenarverſammlung „über ſtreitige Rechtsfragen eine Entſcheidung zu treffen, welche den untergeordneten Gerichten als Erläuterung zu dienen hat“[13].

Zweites Capitel.

Von der Beſchaffenheit der Privatrechtsnormen.

I. Umfang der Privatrechtsnormen[1]. Univerſelles und particuläres Geſetz. Allgemeines und individuelles Geſetz.

§. 7. Das Geſetz muß ſeinem Umfang nach in zwei Beziehungen unterſchieden werden, in Beziehung auf ſeinen räumlichen und in Beziehung auf ſeinen gegenſtändlichen Umfang.

I. In Beziehung auf den räumlichen Umfang iſt das Geſetz[2] und ebenſo das Recht als der Inbegriff aller Rechtsſätze entweder ein univerſelles (auch gemeines genannt, jus universale, jus commune), wenn es im ganzen Umfange des Staates gilt, oder ein particuläres (jus particulare), wenn es nur in einem beſtimmten Theile des Staatsgebietes gilt[3]. Der Begriff des gemeinen univerſellen Rechts ſetzt ſomit mehrere Gebiete voraus, in denen dieſelben Rechtsſätze und Rechtsnormen deßhalb gelten, weil jene Gebiete Theile eines Ganzen ſind, für welches die gleiche Rechts-

13) Patent v. 7. Aug. 1850 §. 46 lit. f. §. 36 (Anhang Nr. 2). Eine ähnliche Beſtimmung beſteht in Preußen (Cabinetsordre v. 4. Aug. 1835; vgl. Bornemann I S. 44. 42) und in Baiern (Geſetz v. 17. Nov. 1837); vgl. Arnold in Schletter's Jahrbüchern I S. 174). Schon das Reichskammergericht hatte das Recht proviſoriſche Geſetze über zweifelhafte Rechtsfragen, ſ. g. gemeine Beſcheide (communia decreta), zu erlaſſen. Reichsabſch. v. 1570 §. 77; vgl. Linde Lehrb. des gem. Civilproceſſes 5. Aufl. (1850) §. 20, Falck Juriſt. Encyclop. 5. Aufl. (1854) §. 46.

1) Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Bd II Abhandl. 13. „Über die gewöhnliche Eintheilung der Rechtsquellen“ S. 234 fg., vgl. auch Sintenis I §. 9, Wächter II §. 2, Böcking I §. 94.

2) Unter Geſetz kann hier ſowohl das Geſetz im weitern Sinn, in welchem es mit Privatrechtsnorm, Rechtsſatz gleichbedeutend iſt, als das Geſetz im engern und eigentlichen Sinn verſtanden werden, da es nach öſterr. Recht keine andern Rechtsſätze gibt als ſolche, deren Quelle das Geſetz im eigentl. Sinn iſt.

3) Vgl. hierüber auch Thöl Einleitung §. 46.

quelle formell giltig ist[4]. Der Begriff gemeines und particuläres Gesetz, gemeines und particuläres Recht ist ebenso fließend wie die Begriffe Ganzes und Theil, worauf jener beruht. Was in der einen Beziehung Ganzes oder Theil ist, kann in anderer Beziehung Theil oder Ganzes sein; ebenso kann ein Rechtsgebiet in kleinere Rechtsgebiete zerfallen und zugleich Theil eines größeren Rechtsgebietes sein. Je nachdem daher das particuläre Recht selbst wieder in mehreren Kronländern[5] oder nur in einem Kronlande[6] oder bloß in einem bestimmten Ort eines Kronlandes gilt[7], wird es bald von größerem bald von beschränkterem örtlichen Umfang sein und der in einem kleineren Bezirk herrschenden Norm gegenüber selbst wieder als gemeines Recht erscheinen[8]. Die Möglichkeit einer solchen Verschiedenheit erkennt das Patent vom 27. December 1852 die Kundmachung der Gesetze durch das Reichs- und Landesgesetzblatt betreffend an (§. 9 dess.), und es gibt in der That zahlreiche Beispiele solcher örtlicher Verschiedenheiten auch in der Sphäre des österreichischen Privatrechts. Zufolge des Grundsatzes daß das Besondere dem Allgemeinen vor-

---

4) Hierauf beruht der so wichtige Unterschied des formell und materiell gemeinen Rechts, je nachdem nemlich in verschiedenen Rechtsgebieten die gleichen Rechtssätze deßhalb herrschen, weil sie aus einer für diese sämmtlichen Rechtsgebiete formell giltigen Rechtsquelle fließen, oder deßhalb, weil sie in der durch Stammes- und sonstige Verwandtschaft vermittelten Gleichheit des Rechtsbewußtseins ihre gemeinsame Wurzel haben. Vgl. hierüber insbes. Wächter Gemeines Recht Deutschlands (1844) S. 6 fg. (Thöl Einleit. §. 46 verläßt das von ihm aufgestellte Princip und kommt vom Ausgangspunkt eines formell gemeinen Rechts zur Annahme eines gemeinen europäischen Rechts, das doch höchstens nur ein materiell gemeines sein kann.) So gibt es jetzt in ganz Österreich ein formell gemeines Privatrecht, während es vor den neuesten Verfassungsänderungen und vor der Ausdehnung der Herrschaft des bürgerl. Gesetzb. über alle Länder der Monarchie höchstens ein materiell gemeines Privatrecht geben konnte. Dagegen bildet die neue deutsche Wechselordnung nur materiell, nicht formell gemeines Recht.

5) So z. B. die Vorschriften über Wohnungsaufkündigungen in Böhmen, Mähren und Schlesien zufolge Justizministerialverordnung v. 3. Oct. 1863 Michel Nr. 1321, welche dem universellen Rechtssatz des §. 1116 a. b. G. B. gegenüber als particuläres Recht erscheinen.

6) So z. B. die Vorschrift über den in der Note 4 angegebenen Gegenstand für Dalmazien, Hofdecr. v. 30. Dec. 1843 (Michel Nr. 1320).

7) So. z. B. die Vorschriften über den gleichen Gegenstand für die Städte Wien, Lemberg, Linz u. s. f.

8) So z. B. gegenüber der Vorschrift für Prag über die Wohnungsaufkündigungen (Hofkanzleidecr. v. 9. März 1805, Michel Nr. 1322), die Vorschrift die in Note 5 angeführt wurde.

geht, ſchließt die particuläre Norm die Anwendung der allgemeinen aus[9].

II. In Beziehung auf ſeinen gegenſtändlichen Umfang kann das Privatrechtsgeſetz entweder eine allgemeine die Rechtsverhältniſſe in abstracto regelnde Norm aufſtellen d. h. einen unter gleichen Umſtänden in allen Fällen geltenden Rechtsſatz zum Inhalt haben, oder es kann der Inhalt desſelben lediglich in der individuellen Normirung des concreten Rechtsverhältniſſes einer beſtimmten Perſon oder Sache beſtehen[10]. Im erſten Falle iſt ein objectiver Rechtsſatz vorhanden, welcher auf alle Perſonen oder Sachen, die in das beſtimmte Verhältniß treten, zur Anwendung kommt: es ſind die Rechtsverhältniſſe aller oder gewiſſer Claſſen von Perſonen und Sachen, deren Normirung in abstracto das Geſetz zum Gegenſtand hat. Im zweiten Falle dagegen iſt mit dem Geſetz zugleich das Individuum beſtimmt, deſſen concretes Verhältniß normirt wird: es fließt in dieſem Falle die Rechtsquelle nur für ein beſtimmtes Individuum und der Umfang der Norm reicht nicht über den Rechtskreis des fraglichen Individuums hinaus[11]. Ein Geſetz der erſten Art heißt allgemeines Geſetz (allgemeines Recht) im weiteren Sinne[12] (leges, constitutiones edictales, generales; jus generale), ein Geſetz der letzteren Art individuelles Geſetz (constitutio personalis, jus individuale)[13]; erſteres iſt Quelle des ob-

9) Vgl. Savigny Syſtem I §§. 24. 45. Dieſe Regel drückt die Parömie aus: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht.

10) Mit Unrecht combinirt Mühlenbruch I §. 48 und ebenſo Schilling II §. 14 dieſe Eintheilung mit der vorhergehenden, wie bereits Wächter Handb. II §. 2 Note 4 und Gemeines Recht Deutſchl. S. 4 Note 2 bemerkt hat.

11) Es iſt eine lex in privos lata vorhanden; l. 2 C. de leg. (1, 14) — nec generalia jura sint sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata.

12) Über die Eintheilung des allgemeinen Rechts im weitern Sinn in allgemeines Recht im engern Sinn und in beſonderes ſpecielles Recht ſ. Einleit. I. Der Ausdruck jus speciale wird aber auch von manchen Schriftſtellern (z. B. Thibaut §. 34, Wächter §. 2) gebraucht um das zu bezeichnen, was im Text jus individuale genannt wurde.

13) l. 4 §. 2 D. de constit. princ. (1, 4) §. 6 I. de jur. natur. (1, 2). Man pflegt dieſe constitutiones personales wohl auch Gnadenreſcripte zu nennen (ſo z. B. Mühlenbruch I §. 35), eine Bezeichnung, die aber zu eng iſt; vgl. Savigny I S. 130 Note c.

jectiven Rechts, der allgemeinen Rechtsſätze und Rechtsregeln, letzteres Quelle von Rechten und Verbindlichkeiten im ſubjectiven Sinn (vgl. den folgenden §.).

Die Form, in welcher ein Geſetz erlaſſen wird, entſcheidet an ſich noch nicht darüber, ob die geſetzliche Beſtimmung eine allgemeine Rechtsnorm ſei, oder ob ſie bloß für das concrete Rechtsverhältniß eines beſtimmten Individuums zu gelten habe, d. h. ob das Geſetz als allgemeines oder als individuelles zu betrachten ſei[14]. Es kann die geſetzliche Verfügung an eine einzelne Perſon z. B. an ein einzelnes Gericht oder an einen einzelnen Beamten erlaſſen werden und dennoch zum jus generale gehören, ſobald ſie nur die Abſicht hat eine allgemein geltende Rechtsnorm auszuſprechen[15]. Die Frage, ob ein Rechtsſatz, welcher einer individuellen Entſcheidung (einem Decret oder einem Reſcript) zu Grunde liegt, oder in demſelben ausdrücklich ausgeſprochen wurde, auch für andere Fälle als allgemeine Rechtsnorm Giltigkeit habe, iſt von den gemeinrechtlichen Schriftſtellern mit Rückſicht auf das römiſche Recht vielfach beſprochen worden[16]. Sie hat hier die beſtimmtere Faſſung erhalten, ob ſ. g. Juſtizreſcripte (rescripta generalia)[17] und Decrete des Landesherrn Geſetzeskraft (vim legis) haben. Die Antwort fiel und fällt bald bejahend bald verneinend aus[18]. Die Negation ſpricht das öſterreichiſche Geſetzbuch nach dem Vorgang des preußiſchen Landrechts[19] im §. 12 a. b. G. B. in den Worten aus: „Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen — haben nie die Kraft eines Geſetzes; ſie

14) Vgl. insbeſ. Wächter II S. 12 f.

15) Aus dem römiſchen Recht gehören hierher die generales epistolae und generalia rescripta, vgl. Savigny I S. 134. — Nach öſterr. Recht iſt in dieſem Punkt die Aufnahme der fraglichen Inſtruction, Belehrung u. ſ. f. in die Juſtizgeſetzſammlung und gegenwärtig in das Reichsgeſetzblatt entſcheidend.

16) Von älteren Schriftſtellern ſ. insbeſ. Glück I §. 96 Nr. II. III S. 535 fg. und den Wiener Heineccius I S. 39. 40 der die Geſetzeskraft der Reſcripte und Decrete läugnet.

17) Denn daß ſ. g. Gnadenreſcripte (rescripta personalia, vgl. Note 13) niemals auf andere Fälle angewendet werden dürfen das wurde ſtets anerkannt, vgl. Puchta Inſtitut. I S. 538. 539, Mühlenbruch I §. 36, Schilling II §. 14 Note f.

18) Savigny I S. 128 fg. läugnet die Geſetzeskraft der Reſcripte, während ſie von Mühlenbruch I §. 36, Puchta Inſtitut. I S. 532. 533. 632 fg., Böcking I §. 15 u. A. vertheidigt wird.

19) Einleit. §. 5. Vgl. Bornemann I S. 35. 36, Koch I §. 33.

können auf andere Fälle — nicht ausgedehnt werden." Allein wie für das preußische Recht, so ist für unser österreichisches Recht jene Bestimmung geradezu unpraktisch und überflüssig, da die staatsrechtlichen Voraussetzungen jener Frage gänzlich hinweggefallen sind[20].

II. Natur der Privatrechtsnormen. Regelmäßiges und singuläres Recht. Privilegien.

§. 8. Der Rechtssatz, welcher in einer Privatrechtsnorm enthalten ist, kann verschiedener Natur sein. Er kann mit den Grundregeln des bestehenden Rechts und mit den strengen Rechtsbegriffen in Übereinstimmung stehen (secundum jus) oder von denselben abweichen und Ausnahmsbestimmungen enthalten (contra jus), welche aus Gründen gemacht wurden, die dem Rechtsgebiete fremd sind. Im ersteren Falle ist der Rechtssatz secundum rationem juris, im zweiten

---

20) Jene constitutiones principum, auf welche der §. 12 a. b. G. B. anspielt, waren 1) Entscheidungen eines einzelnen streitigen Rechtfalls sowohl durch Interlocute als durch Endurtheile (interlocuta et decreta l. 1 §. 1 D. de constit. princ. 1, 4). Den decretis hat Justinian ausdrücklich Gesetzeskraft beigelegt (l. 12 C. de leg. 1, 14), vgl. Savigny I S. 127, Puchta Institut. I S. 637. „Verfügungen" dieser Art können bei uns nicht vorkommen, da die richterliche Gewalt durch unabhängige Gerichte ausgeübt wird und in jenen Entscheidungen ein Act unstatthafter Cabinetsjustiz zu sehen wäre (vgl. §. 39 Thl I des westgal. Gesetzb., welcher ausdrücklich erklärte daß „Entscheidungen, welche ohne das vorgeschriebene richterliche Verfahren ergehen oder s. g. Machtsprüche weder Kraft noch Wirkung haben sollen." Dieser §. stimmt mit §. 6 der Einleitung des preuß. Entwurfs überein und ist in das Gesetzbuch v. Jahr 1811 wohl aus den gleichen Gründen nicht übergegangen, aus denen §. 6 des Entw. nicht ins preuß. Landrecht aufgenommen wurde; vgl. Bornemann I S. 35. Vgl. auch §. 19 a. b. G. B. und Schuster I S. 277). 2) Rescripte. Diese sind entweder die gewöhnlich s. g. Gnadenrescripte oder Justizrescripte. Daß erstere nur für den einzelnen Fall Giltigkeit haben können versteht sich von selbst. Justizrescripte wurden entweder auf Anfragen einer Partei (libellus) oder auf Anfrage des Richters (relatio, consultatio) erlassen, vgl. Savigny I S. 132. 133. Solche Anfragen kommen heutzutage bei uns gar nicht mehr vor, weder von Seiten der Parteien, noch von Seiten der Richter, da diese angewiesen sind ihr Amt zu handeln (§. 7 a. b. G. B.). Anders stand es noch nach dem Josephin. Gesetzb. I §. 26, was jedoch bereits §. 19 des westgal. Gesetzb. Thl I änderte. Somit ist denn aber in der That alle Veranlassung zu jener Bestimmung im §. 12 a. b. G. B. hinweggefallen. Unsere österr. Schriftsteller gehen mit großer Harmlosigkeit am §. 12 vorüber, indem sie sich mit einer Paraphrase dieses Paragraphen begnügen; vgl. z. B. den neuesten Schriftsteller Stubenrauch I S. 103. — Sehr belehrend auch für das österr. Recht sind in diesem Punkt die Materialien zum preuß. Landrecht.

Falle contra rationem juris gebildet[1]. Den Inbegriff der Rechtsſätze der erſten Art nennt man regelmäßiges Recht (jus commune), den Inbegriff der Rechtsſätze der letzteren Art regelwidriges anomales Recht (jus singulare)[2]. Der Charakter des ſingulären Rechts beſteht darin, daß es ſich zu dem regelmäßigen Recht wie die Ausnahme zur Regel verhält[3] und als Ausnahme rein poſitiver Natur iſt[4]. Die Gründe, aus welchen die Ausnahme von der Regel, der Bruch in die Rechtsconſequenz gemacht wird, ſind verſchiedener Art. Im Allgemeinen iſt der innere Entſtehungsgrund[5] des ſingulären Rechts die vom Rechte verſchiedene utilitas, necessitas und aequitas[6]; im Einzelnen Erfüllung einer Forderung der Sittlichkeit oder Religion, Rückſicht auf das Wohl des Ganzen und auf die Sicherheit des Verkehrs, das Bedürfniß beſonderen Schutzes für gewiſſe Claſſen von Perſonen oder Sachen, Milderung einer Härte, worauf die ſtrenge Conſequenz führen würde, Mißgunſt gegen gewiſſe Claſſen

---

1) Vgl. hierüber Savigny I §. 16 S. 64 fg., Puchta Inſtitut. I §. 34 Pandekt. §. 24 u. Vorleſ. I S. 49 fg., Wächter II §. 8, Böcking I §. 94. 98, Thöl Einleit. §. 37—39.

2) Puchta Pandekt. §. 24 unterſcheidet 1) ſtrenges und billiges Recht und ſetzt beides 2) als regelmäßiges Recht dem anomalen entgegen. Dieſe Unterſcheidung iſt mit Recht von Thöl Einleit. §. 38 getadelt worden, da auch das billige Recht regelwidriges Recht iſt. (Was Rudorff in der 5. Ausgabe von Puchta's Pandekt. §. 24 Note h gegen Thöl bemerkt, iſt um ſo weniger haltbar, als es in der That in der l. 43 D. de relig. 11, 7 heißt nam summam esse rationem quae pro religione facit, die Berückſichtigung der Forderungen der Religion aber nicht „ein ſchon vorhandenes höheres Recht s princip genannt werden kann.") Dagegen kann man Thöl §. 39 nicht beiſtimmen, wenn er den Unterſchied zwiſchen regelmäßigem und ſingulärem Privatrecht läugnet und an deſſen Stelle „conſequentes und inconſequentes Recht" ſetzen will.

3) l. 16 D. de leg. (1, 3) Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. l. 14 eod.

4) l. 16 cit. Dieſes Recht heißt daher auch insbeſondere jus constitutum im Gegenſatz zum jus vulgatum. Savigny I S. 64 Note q.

5) Nur vom inneren Entſtehungsgrund, der Entſtehungsurſache, dem Element und Motiv der Rechtserzeugung (vgl. §. 4) iſt hier die Rede, der äußere Entſtehungsgrund auch des ſingulären Rechtsſatzes kann natürlich nur eine der Rechtsquellen, das Geſetz (z. B. l. 16 D. cit.) oder die Gewohnheit (z. B l. 4 D. de don. int. vir. 24, 1) ſein. So iſt auch Savigny zu verſtehen, wenn er S. 64 von einer verſchiedenen Herkunft der Rechtsregeln ſpricht und es iſt daher unmotivirt, wenn Thöl S. 108 in der Note gegen Savigny polemiſirt.

6) Über die beiden erſten Begriffe vgl. Savigny I S. 55. 56, über den letzteren Begriff ſ. §. 44 Nr. II.

von Perſonen u. ſ. w. Das ſinguläre Recht im objectiven Sinn kann demzufolge den davon Betroffenen bald Vortheile gewähren, bald Laſten oder Beſchränkungen auferlegen. Die aus dem objectiven ſingulären Rechte entſpringenden Vortheile ſind ſinguläre Rechte im ſubjectiven Sinn, ſ. g. Rechtswohlthaten (beneficia legis), ſo z. B. die Begünſtigung der Corporationen und der Kirchen u. ſ. w. in Anſehung der Verjährungsfriſt (§. 1472. 1485 a. b. G. B.), die Begünſtigung gewiſſer Forderungen im Concurſe (privilegia exigendi), die zwanzigjährige Steuerfreiheit neuer Häuſer, die Formerleichterung bei Militärteſtamenten (§. 600 a. b. G. B.) u. ſ. w. Dagegen enthält das ſinguläre Recht Beſchränkungen, wenn es z. B. die Juden vom Beſitz liegender Güter ausſchließt, Beamte in Anſehung der Annahme von Geſchenken beſchränkt u. ſ. w.

Das ſinguläre Recht iſt gleich dem regelmäßigen unter dem höheren Begriff des jus generale vereint: es iſt gleich dieſem allgemeiner Natur, ein Beſtandtheil des generelle Normen enthaltenden, die Rechtsverhältniſſe in abstracto normirenden Rechts[7]. Es wird daher aus dem Geſetzbuch und den dazu gehörigen Verordnungen[8] ſelbſt ſo gut wie das regelmäßige Recht erkannt und der Richter muß wie dieſes ſo jenes kennen[9]. Auch beſteht der Unterſchied des ſingulären Rechts von dem regelmäßigen nicht, wie man früher annahm, darin, daß erſteres nur für eine gewiſſe Claſſe von Perſonen oder Sachen gegeben ſei[10], ſondern in ſeiner Abweichung von den ſtrengen Forderungen des Rechtsbegriffs, ſomit in einer Verſchiedenheit ſeiner Natur.

Dieſes ſinguläre Recht heißt auch Privilegium im weiteren Sinn[11]. Verſchieden von demſelben iſt das Privilegium im engeren heutzutage gewöhnlichen Sinn[12]. Wird nemlich für eine be-

7) Vgl. Puchta Pandekt. §. 80, Wächter II S. 153 f. auch Schilling Inſtitut. II §. 13.

8) In dieſem Sinn ſprach man im Mittelalter von beneficiis corpore juris clausis.

9) Vgl. Hufeland Über den eigenthümlichen Geiſt des römiſchen Rechts (1815) I S. 213 fg., insbeſ. S. 220 fg.

10) Vgl. hierüber insbeſ. Thibaut Verſuche II S. 238, Savigny I S. 63.

11) Über den römiſchen Sprachgebrauch vgl. Schilling Inſtitut. II §. 13, Savigny I S. 65.

12) Auch bei den Römern hatte Privilegium urſprünglich dieſe Bedeutung

stimmte einzelne Person oder Sache oder Forderung zu deren Gunsten oder Nachtheil eine Ausnahme von dem geltenden Rechte gemacht, so ist ein Privilegium im engeren eigentlichen Sinn vorhanden (privilegium favorabile, privilegium odiosum). Ein solches Privilegium (Einzelgesetz) ist keine allgemeine einen Rechtssatz enthaltende Norm, wie das singuläre Recht, sondern bloß die individuelle Normirung eines concreten Rechtsverhältnisses[13]. Es ist daher nicht aus dem Gesetzbuche zu entnehmen und muß, sollte es auch öffentlich bekannt gemacht worden sein, dem Richter von der betreffenden Partei speciell nachgewiesen werden[14]. Das Privilegium im engeren Sinn pflegt man öfters in Autorisation (affirmatives Privilegium, Privilegium im engsten Sinn) und Dispensation, Befreiung (negatives Privilegium) einzutheilen[15].

Privilegium im weiteren Sinn, singuläres Recht, gibt der Gesetzgeber als solcher; nach österreichischem Recht steht unzweifelhaft dem Monarchen als solchem auch das Recht zu Privilegien im enge-

(Gellius Noct. Att. X, 20, Isidorus Origin. V, 18, Cicero de leg. III, 19); später jedoch änderte sich der Sprachgebrauch und der Ausdruck Privilegium wurde zur Bezeichnung der jura singularia gebraucht. — Die Unterscheidung zwischen Privilegium im weitern und engern Sinn wird auch schon von Glück I S. 548 fg. und ebenso vom Wiener Heineccius I S. 40—42 in ganz richtiger Weise gemacht. — Einen ungewohnten Sinn verbindet Bluhme Encyclopädie I §. 19 mit dem Ausdruck Privilegium im engeren Sinn.

13) Gellius N. A. X, 20. — Non sunt enim generalia jura — sed de singulis concepta: quocirca privilegia potius vocari debent, quia veteres priva dixerunt quae nos singula dicimus. Isidorus Origines V, 18 Privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges. Nam privilegium inde dictum quod in privato feratur. — Auch hier muß man wieder das Privilegium im objectiven Sinn als die lex in privos lata, die individuelle Norm von dem Privilegium im subjectiven Sinn als der aus der lex privata entstehenden Berechtigung oder Belastung unterscheiden: jenes ist die Quelle dieses.

14) Wenn Stubenrauch I S. 107 sagt, daß sich die Privilegien im eigentlichen Sinn dadurch von den Gesetzen unterscheiden, daß sie nicht allgemein kundgemacht werden, so ist dieß theils ungenau theils unrichtig; ungenau, weil sich Gesetze und Privilegien dadurch unterscheiden, daß erstere Quellen des objectiven Rechts, letztere Quellen des subjectiven Rechts sind, und nur eine Folge dieses principiellen Unterschiedes ist es daß Privilegien in der Regel nicht kundgemacht werden; unrichtig, weil manche Privilegien in der That öffentlich kundgemacht werden z. B. die Industrieprivilegien im Verordnungsblatt des Handelsministeriums, ohne daß sie deßhalb aufhörten Privilegien zu sein und nunmehr in die Kategorie der Gesetze gehörten.

15) In diesem Sinn sind die Ausdrücke Privilegium und Befreiung im §. 13 des a. b. G. B. gebraucht. Im §. 38 a. b. G. B. dagegen wird der Ausdruck Befreiung für Exterritorialität gebraucht.

ren Sinn zu ertheilen[16]. Doch kann die Ertheilung von Privilegien der letzten Art auch einer Behörde ein für alle Mal delegirt ſein; dieß iſt bei uns z. B. der Fall rückſichtlich der Ertheilung der venia aetatis, welche den Gerichten zuſteht, der Dispenſation vom Aufgebot, welche durch die politiſchen Behörden ſtattfindet, der Verleihung von Induſtrie-Privilegien, welche dem Handelsminiſterium eingeräumt iſt.

III. Charakter und Inhalt der Privatrechtsnormen. Präceptiv- und Dispoſitivgeſetze. Imperativ- und Permiſſivgeſetze.

§. 9. I. Das Privatrecht räumt im Unterſchiede von dem öffentlichen Recht den Parteien in einem weiten Umfang die Befugniß ein, zunächſt ſelbſt durch ihre Willkür ihre concreten Rechtsverhältniſſe zu normiren, ſei es durch einſeitige Anordnungen ſei es durch freie Vereinbarung der dabei Betheiligten[1]. Es muß jedoch zugleich dafür geſorgt werden, daß in dem Fall als die Parteien eine ſolche willkürliche Reglung und Selbſtbeſtimmung ihrer Verhältniſſe nicht getroffen hätten, eine feſte Norm vorhanden ſei, wonach die Verhältniſſe zu beurtheilen ſind[2]. Solche Geſetze, welche dieſen Zweck haben, heißen ergänzende (ſuppletoriſche, hypothetiſche), Dispoſitivgeſetze[3], weil ihr Charakter eben darin beſteht den Willen

16) Der unter den gemeinrechtlichen Schriftſtellern geführte Streit (vgl. Glück II §. 103, Wächter II S. 16 Note 18), ob Privilegien bloß von der geſetzgebenden Gewalt als ſolcher ertheilt werden können (Hufeland a. a. O. S. 216 fg., Kierulff I S. 53. 55) oder ob der Regent als ſolcher unbeſchränkt Privilegien ertheilen könne (Thibaut Syſtem §. 32), gehört ins Staatsrecht (Böcking I §. 98 a. E., Schlayer in der Zeitſchr. f. Civilr. u. Prozeß Bd XII S. 69 fg.) und hat ohnehin vom Standpunkt unſeres heutigen Verfaſſungsrechts aus kein Intereſſe.

1) Dieſe Befugniß der Parteien ſich ihre concreten Rechtsverhältniſſe nach eigener Willkür zu normiren pflegt man öfters Autonomie zu nennen; allein dieſe Bezeichnung wird mit Rückſicht auf die eigentliche Bedeutung dieſes Worts (§. 4 Note 2) beſſer ganz vermieden; vgl. Puchta Gewohnheitsr. I S. 158.

2) Soz. B. hängt es von den Contrahenten ab, Beſtimmungen über die Zeit feſtzuſetzen, in welcher der Vertrag erfüllt werden ſoll; hätten ſie dieß zu thun unterlaſſen, ſo tritt ſupplirend die Vorſchrift des §. 904 a. b. G. B. ein, daß der Vertrag ſogleich zu erfüllen ſei. — Durch die Beſtimmungen der Parteien wird im fraglichen Fall nicht die geſetzliche Beſtimmung aufgehoben, ſondern nur deren Anwendung für den vorliegenden Fall ausgeſchloſſen; vgl. Puchta Pand. §. 110.

3) Savigny I §. 16 nennt ſie vermittelnde Geſetze; vgl. auch Wächter II §. 1, Böcking I §. 98; von älteren Schriftſtellern Glück I §. 14

der Parteien zu suppliren. Aber auch im Privatrecht hat jene Befugniß der Parteien ihre Grenze. Manche gesetzliche Anordnungen werden aus Rücksicht auf das Allgemeine und Ganze, auf den Schutz der Rechte, auf die gehörige Sicherung der individuellen Freiheit, auf Wahrung der Sittlichkeit und der Würde der Religion, auf das Wohl einzelner Classen von Personen u. s. w. mit solcher Energie getroffen, daß die Willkür der Parteien ausgeschlossen ist und für die Beurtheilung des betreffenden Rechtsverhältnisses ohne weiters (also nicht bloß ergänzend und supplirend) die gesetzlich festgestellte Norm zur Anwendung kommt. Gesetze, welche diesen Charakter der absoluten Herrschaft an sich tragen, heißen zwingende, absolute Gesetze (leges cogentes), Präceptivgesetze. Solche Gesetze, welche bald gebieten bald verbieten bald für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts eine gewisse Form vorschreiben, deren Anwendung der Willkür der Parteien entzogen ist und durch die Übereinkunft der Betheiligten nicht ausgeschlossen werden kann, pflegt man auch jus publicum zu nennen[4], quod privatorum pactis mutari nequit[5].

Ist ein Gesetz zwingenden Charakters, so muß jeder Versuch der Parteien, sich diesem Zwange auf directe oder indirecte Weise zu entziehen, dem Gesetz gegenüber als vergeblich erscheinen. Das absolute Gesetz verlangt unbedingten Gehorsam und trägt den Charakter der Unverletzlichkeit. Diesen Gehorsam sichert, diese Unverletzlichkeit bewahrt es sich dadurch daß 1) derjenige, der die Vorschrift des absolut gebietenden Gesetzes nicht erfüllt, in gewisse rechtliche Nachtheile fällt z. B. im Falle der Nichtanzeigung des Fundes den Finderlohn verwirkt

---

S. 92 fg., Weber Lehre von der natürl. Verbindlichkeit (5. Aufl. 1825) §. 80 S. 304 fg.

4) Andere Ausdrücke dafür sind jus, juris forma; juris commune; vgl. Schilling Institut. II §. 8 Zusatz, Savigny I S. 59 fg. Der Ausdruck jus publicum bezeichnet also hier nicht das öffentliche Recht im Gegensatz zum Privatrecht, wie noch Winiwarter I S. 45 irrigerweise meint. In diesem Sinn heißt es z. B. in l. 3 D. qui testam. fac. (28, 1) Testamenti factio non privati sed publici juris est; in l. 12 §. 1 D. de pact. dotal. (24, 1) Ex pactis — alia ad voluntatem pertinent — alia ad jus. Vgl. andere Stellen bei Mühlenbruch I §. 33 Note 7.

5) Es ist daher insbesondere auch der Verzicht auf das aus einem jus publicum erwachsende Recht vollkommen ungiltig; l. 5 §. 7 D. de admin. tut. (26, 7) l. 45 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2); vgl. Glück I §. 44 c S. 407 fg., Weber Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (5. Aufl.) §. 74 S. 265 fg.

(§. 393 a. b. G.B.). Auch wird die ſich weigernde Partei unter Umſtänden durch richterliche Zwangsmittel zur Erfüllung der ihr obliegenden Pflicht angehalten (z. B. zur Übernahme der Vormundſchaft §. 203 a. b. G. B.). Strafe iſt nur ausnahmsweiſe, wenn es das öffentliche Intereſſe erheiſcht, auf die Unterlaſſung des abſolut gebietenden Geſetzes geſetzt (vgl. z. B. §. 74 a. b. G. B.)[6]. 2) Die gegen das abſolut verbietende Geſetz[7] unternommene Handlung iſt in dem Sinn als nicht geſchehen zu betrachten, daß ſie die beabſichtigten Wirkungen nicht hervorbringt[8]; denn wollte das zwingende Geſetz dennoch die gegen dasſelbe unternommene Handlung anerkennen, ſo würde es mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathen: es wäre dann eben keine zwingende Rechtsnorm mehr. Die Folge, welche die Übertretung des zwingenden Geſetzes nach ſich zieht, beſteht ſomit darin, daß dasjenige was und inſoweit es gegen das abſolute Geſetz geſchieht rechtlich wirkungslos d. h. nichtig iſt (vgl. z. B. §§. 879. 996. 1259. 1371. 1372 a. b. G. B.)[9], und es bedarf zum Eintritt dieſer Folge nicht erſt noch einer beſondern Erklärung des Geſetzes, daß die zuwiderlaufende Handlung ungiltig ſein ſolle[10]. Dieß iſt die Regel, von der es jedoch manche

---

6) Vgl. Stubenrauch I S. 70.

7) Was hier vom abſolut verbietenden Geſetz geſagt wird, gilt in gleicher Weiſe in jenen Fällen, wo das abſolute Geſetz für die Vornahme eines Rechtsgeſchäfts eine gewiſſe Form vorſchreibt, vgl. z. B. §. 601 a. b. G. B. und ſ. Glück I S. 103 fg. Das Nähere ſpäter in der Lehre von der Form der Rechtsgeſchäfte.

8) Vgl. hierüber Glück I S. 96 fg., Weber a. a. O. §. 74 S. 265 fg., Schilling II §. 15, Wächter II S. 7 fg., Beſeler I §. 22. Vgl. auch Winiwarter „Inwiefern ſind nach den öſterr. Geſetzen geſetzwidrige Handlungen zugleich ungiltig" in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1826 I S. 321 fg.

9) Die gegen ſolche Geſetze gemachten Leiſtungen können daher in der Regel zurückgefordert werden; z. B. die über den erlaubten Zinsfuß hinaus bezahlten Zinſen, vgl. l. 20. 29 D. de usur. (22, 1) u. l. 26 pr. §. 1 §. 7 D. de cond. indeb. (12, 6).

10) Dieſe Regel iſt ausgeſprochen in l. 5 C. de leg. (1, 14) — ut legislatori quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere h. e. ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. c. 64 de reg. jur. in VI. (5, 13). Quae contra jus fiunt debent utique pro infectis haberi. Früher war man häufig der Anſicht (vgl. z. B. Voët. Comment. ad Pand. I 3 §. 16) es müſſe ausdrücklich im Geſetz die Nichtigkeit der zuwiderlaufenden Handlung ausgeſprochen ſein; vgl. jedoch Glück I S. 98 fg., Weber §. 74. A. A. ſcheint Savigny I S. 239, vgl. aber denſelben IV S. 550.

Ausnahme gibt[11]. Öfters bestimmt nemlich das Gesetz selbst die Folgen seiner Übertretung in anderer Weise, indem es das dagegen Geschehene nicht für nichtig erklärt, sondern vielmehr als rechtlich wirksam anerkennt und nur Strafe oder andere rechtliche Nachtheile an dasselbe knüpft (z. B. §. 121 a. b. G. B.)[12]. Es gibt ferner Gesetze, welche sich lediglich mit dem Ausspruche des Verbotes begnügen, ohne irgend einen rechtlichen Nachtheil auf die Übertretung zu setzen[13], während umgekehrt andere nebst der Nichtigkeit der zuwiderlaufenden Handlung noch eine Strafe auf die Übertretung setzen[14].

Eine gegen ein absolut verbietendes Gesetz unternommene Handlung ist in den Fällen, wo sie der Regel zufolge nichtig ist, nicht bloß dann ungiltig, wenn sie direct gegen das Gesetz verstößt (contra legem), sondern auch dann, wenn sie so eingerichtet wird, daß sie zwar äußerlich der Vorschrift des Gesetzes nicht widerspricht, aber der Sache nach gerade das enthält, was der Vorschrift des Gesetzes zuwider ist (in fraudem legis). Dieses in fraudem legis agere kann auf mehrfache Weise geschehen[15]: 1) durch chikanöse Auslegung und Verdrehung des Gesetzes, indem man lediglich Das als verboten ansieht, was direct durch den Buchstaben des Gesetzes getroffen wird und dieser buchstäblichen Interpretation den wahren Sinn des Gesetzes nachsetzt[16] (c. 84 de reg. jur. in VI 5, 13 Cum quid una via prohi-

---

11) Vgl. Weber §. 74, Savigny IV S. 551.

12) Ein solches Gesetz pflegt man eine lex minus quam perfecta zu nennen (quae vetat aliquid fieri et si factum est non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit. Ulpian. Fragm. I 1). Über diesen Begriff s. insbes. Wächter II §. 1 Note 10.

13) Die s. g. lex imperfecta; vgl. Savigny IV S. 550, Weber a. a. O. §. 8. u. Glück I S. 51. 52. Die Handlungen gegen die lex imperfecta werden vom Rechte nicht vernichtet, sie finden aber auch keinen gerichtlichen Schutz, daher kann auf Erfüllung nicht geklagt, das Geleistete aber auch nicht zurückgefordert werden (l. 19 pr. l. 40 pr. D. 12, 6). Ein solches Gesetz ist z. B. das Verbot des Darleihens an einen Officier ohne Bewilligung des Regimentscommandos.

14) S. g. lex plus quam perfecta; vgl. Böcking I §. 93 §. d—f.

15) Vgl. hierüber insbes. Thöl Einleitung §. 65.

16) l. 29 D. de leg. (1, 3) Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. l. 30 eod. Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit fieri autem non vetuit, id fit—l. 5 C. 1, 14—Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Vgl. Donellus Comment. jur. civ. lib. I c. XIV §. 5, Savigny I S. 324. 325. Als Beispiel dienen

betur alicui, ad id alia non debet admitti); 2) durch Verſtellung, Verdeckung und Verkleidung der Handlung, welche verboten iſt, alſo durch Vornahme einer erlaubten Scheinhandlung zur Verdeckung der in der That unternommenen verbotenen Handlung[17]; 3) durch Verſchweigung eines Umſtandes, der eine Handlung hindern würde, durch Vorgeben eines Umſtandes, ohne den ein Rechtsgeſchäft nicht geſchloſſen werden kann[18]. — Immer aber ſetzt das in fraudem legis agere voraus, daß gerade Dasjenige geſchieht, was dem abſoluten Geſetze zufolge nicht geſchehen ſoll[19]. Iſt daher die vorgenommene Handlung an ſich erlaubt, ſo fällt ſie deßhalb noch nicht in die Kategorie des in fraudem legis, wenn ſie zu dem Zwecke unternommen wird, um der Anordnung eines andern Geſetzes zu entgehen, z. B. Jemand macht ein Privatteſtament, um den etwaigen Taxen des gerichtlichen Teſtaments zu entgehen, oder ſchließt aus dem gleichen Grunde einen außergerichtlichen Vergleich. Jedes agere in fraudem legis ſetzt ferner voraus, daß das Geſetz, das umgangen wird, bereits in Wirkſamkeit getreten ſei: die bloße Kundmachung des Geſetzes iſt hierzu nicht hinreichend. Dieſe Bemerkung iſt in Anſehung des öſterreichiſchen Rechts beſonders in neueſter Zeit wichtig geworden, weil einerſeits mit der Einführung des bürgerlichen Geſetzbuchs manche Verträge unter die ungiltigen gehören, welche nach den Beſtimmungen des alten Rechts giltig eingegangen werden konnten und

---

l. 54 i. f. D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 7 §. 2 D. de jurisd. (2, 1), l. 64 §. 1 D. de condit. (35, 1).

17) l. 5 C. cit.; vgl. Savigny IV S. 554. Beiſpiele dieſer Art ſ. in §. 1071 a. b. G. B., in l. 7 §. 3 D. ad SC. Maced. 14, 6, l. 5 pr. D. de donat. int. vir. (24, 1).

18) z. B. wenn ſich Jemand einen falſchen Todtenſchein verſchafft, um zu einer zweiten Ehe ſchreiten zu können. Dagegen kann es durchaus nicht als ein in fraudem legis agere betrachtet werden, wenn Jemand ins Ausland reiſt, um dort eine Handlung vorzunehmen, die er zwar nicht im Inland, wohl aber im Ausland giltig vornehmen konnte (vgl. insbeſ. die Ausführungen von Wächter im Archiv für civil. Prax. Bd XXV S. 442. 447). Wenn alſo A und B ins Ausland gehen und dort ein Darleihen von 10 oder 20 Procent ſchließen, ſo bleibt das Geſchäft nach den Grundſätzen des öſterreich. Rechts über die örtliche Colliſion der Geſetze (§. 28 Nr. III) auch in Öſterreich giltig. Dem Geſagten ſteht auch der §. 507 des Strafgeſ. nicht im Weg, da die im Ausland geſchloſſene Ehe im vorausgeſetzten Fall nach öſterr. Recht zu beurtheilen und nach dieſem nichtig iſt.

19) Vgl. insbeſ. Wächter Handb. II S. 9, Thöl Einleit. §. 65 Nr. 3; ſ. auch Weber a. a. O. §. 63 a. E.

weil andrerseits heutzutage die vacatio legis bei uns die Regel bildet. Nimmt daher Jemand noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes ein solches Geschäft vor, welches nach der Bestimmung des bereits publicirten, aber erst später in Wirksamkeit tretenden neuen Gesetzes nicht giltig geschlossen werden kann, so kann darin ein agere in fraudem legis nicht gesehen werden. Hat sich z. B. Jemand bereits in Ungarn vor Eintritt der Wirksamkeit des bürgerlichen Gesetzbuches ein Darleihen zu 7% ohne Unterpfand abgeschlossen, weil er wußte, daß er mit Beginn der Wirksamkeit des bürgerl. Gesetzb. (§. 997) sein Geld nur zu 6% placiren dürfe, so bleibt jener Zinsenvertrag dennoch giltig.

II. Die zwingenden Gesetze haben zu ihrem Inhalt ein Gebot oder ein Verbot; dadurch unterscheiden sie sich von den sogenannten Permissivgesetzen d. h. Gesetzen, deren materieller Inhalt darin besteht, daß sie eine Befugniß gewähren, eine Erlaubniß zur Vornahme gewisser Handlungen geben. Diese Eintheilung hat man einerseits irrigerweise mit der vorhergehenden zusammengeworfen[20], während doch beide Eintheilungen auf verschiedenen Eintheilungsgründen beruhen[21]; andrerseits hat man sich schon seit älterer Zeit her[22] bemüht, diese Eintheilung als innerlich haltlos darzustellen und sie besonders in neuester Zeit gänzlich aufgeben wollen[23], indem man einen Widerspruch darin finden zu können glaubt, daß ein Gesetz, das seinem Begriff nach eine Nothwendigkeit ausdrücke, eine Erlaubniß enthalten solle. Allein das Kriterium der Nothwendigkeit trifft nur das äußerliche Moment des Gesetzes, nicht den Inhalt dessen, was gesetzt ist. Sieht man auf diesen Inhalt eines Gesetzes, so ist es in der That nicht nur möglich, sondern sogar sehr häufig, daß dieser in

---

20) So von neueren Schriftstellern z. B. Savigny I S. 59, Beseler I S. 67. 68, Böcking I §. 93; auch schon Glück I S. 92 fg. unterscheidet einerseits nicht scharf genug, andererseits wieder zu viel; ziemlich unbegreiflich ist es, wie Glück sagen kann, der Wirkung nach würden die Gesetze in Imperativ- und Permissivgesetze eingetheilt.

21) Der Eintheilungsgrund für die Unterscheidung von Zwangs- und Dispositivgesetzen ist der Charakter des Gesetzes, für die Unterscheidung von Zwangs- und Permissivgesetzen der Inhalt derselben.

22) Vgl. die bei Glück I S. 93 Note 77 angef. Schriftsteller; ebenso verwirft der Wiener Heineccius I S. 83 diese Unterscheidung.

23) So insbes. Savigny I S. 58. 59, dem Manche, wie z. B. Wächter II S. 6 Note 6, gefolgt sind.

einer Erlaubniß, nicht in einem Gebot oder Verbot beſtehe[24]. Ein Geſetz, welches dem Vater vorſchreibt ſeine Kinder zu ernähren, ein Geſetz, welches verbietet ſich für die Unterhandlung des Ehevertrags etwas auszubedingen, hat einen principiell verſchiedenen Inhalt von dem eines Geſetzes, welches z. B. ſagt, es ſei geſtattet Erbverträge zu errichten. Mit Rückſicht auf den Inhalt iſt daher gegen eine ſolche Eintheilung in der That nichts einzuwenden[25].

Drittes Capitel.

Von den Lücken im gegebenen Recht und der Ergänzung derſelben.

I. Analogie[1].

§. 10. Es kann und wird ſich oft ereignen, daß ſich in den Privatrechtsquellen Lücken finden d. h. daß ſie für die Entſcheidung einer Rechtsfrage keine beſtimmte Norm enthalten. Aus welcher Quelle ſoll nun die Entſcheidung geſchöpft, mit welchen Mitteln das Recht ergänzt, die Lücke ausgefüllt werden? Das poſitive Recht, welches keine todte Maſſe mechaniſch neben einander ſtehender Regeln, ſondern ein organiſches Gefüge innerlich zuſammenhängender mit friſcher Triebkraft verſehener Glieder iſt, hat in ſich ſelbſt die Kraft ſich zu einem abgerundeten vollſtändigen Ganzen herauszubilden und muß daher aus ſich heraus ergänzt werden. Dieſe organiſche Ergänzung des poſitiven Rechts nennt man Analogie[2]; die

---

24) l. 7 D. de leg. (1, 3) Legis virtus est imperare vetare permittere punire.

25) Für die im Text vertheidigte Anſicht vgl. Glück I S. 93 fg., Weber a. a. O. §. 2, Schilling Inſtitut. I §. 3 Nota a und insbeſ. Thöl Einleit. §. 36 S. 404 fg.

1) Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung des röm. Rechts (2. Aufl. 1806) §. 28, Syſtem des Pandektenr. (8. Aufl.) §. 51, Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. I §. 64, Kierulff Theorie I S. 25 fg., Savigny Syſtem I §. 46, Wächter Handb. II §. 48, Bangerow Leitf. I §. 25, Thöl Einleit. §. 64.

2) Varro de ling. lat. IX, Gellius N. A. II. c. 25, Isidorus Origines I c. 27. Analogia graece, latine similium comparatio sive proportio nominatur. Cujus haec vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile quod non est dubium referatur, ut incerta certis probentur.

Entſcheidung einer im Geſetz nicht entſchiedenen Rechtsfrage im Geiſt und aus dem Geiſt des beſtehenden poſitiven Rechts[3] Entſcheidung mittelſt Analogie[4].

Wenn man unter der Auslegung die geſammte wiſſenſchaftliche Thätigkeit verſteht, welche in der Entwicklung und Ausbildung des poſitiven Rechts beſteht, ſo kann die Analogie allerdings unter dem Begriff der Auslegung befaßt werden, und ſo geſchieht dieß in der That in der Marginalrubrik zu den §§. 6. 7 des a. b. G. B.[5]. Dagegen muß die Analogie ſcharf von der Auslegung im engern eigentlichen Sinn unterſchieden werden. In dieſem Sinn iſt Auslegung die Entwicklung und Darlegung des Sinnes, der im Geſetze wirklich liegt, alſo die Erforſchung und Darſtellung deſſen, was der Geſetzgeber wirklich wollte und dachte. Die Analogie hat es dagegen mit ſolchen Fällen zu thun, an welche der Geſetzgeber nicht dachte, und ſucht dieſelben in dem Sinn zu entſcheiden, in welchem ſie der Geſetzgeber entſchieden haben würde, wenn er an dieſelben gedacht hätte[6]. Daher gelten für die Analogie andere Regeln als für die Auslegung und es führt zu weſentlichen Irrthümern, wenn man die Grundſätze der Analogie auf die ausdehnende Auslegung und umgekehrt anwenden wollte, wie dieß früher häufig geſchah[7].

Alle Analogie beſteht darin, daß von einem Gegebenen ausgegangen und daſſelbe behufs der Entſcheidung einer übergangenen

---

3) l. 12 D. de leg. (1, 3) Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet. l. 13. 32 pr. eod.

4) Man bezeichnete früher mit dem Ausdruck Analogie noch viele ganz andere Begriffe, vgl. darüber insbeſ. Thibaut log. Ausleg. §. 28 (gegen Glück I §. 37) und Thöl S. 156—158. Von dieſen unrichtigen Anwendungen des Worts Analogie mag hier nur die Belegung des argumentum a contrario mit jenem Ausdruck hervorgehoben werden, da ſich dieſelbe noch bei Winiwarter I S. 82 findet.

5) In dieſem Sinn rechnet auch Savigny I S. 292 die Analogie zur „reinen Auslegung" im Gegenſatz zur Fortbildung des Rechts; ebenſo Mühlenbruch I §. 64, Bangerow I S. 52 fg., Wächter §. 13 Note 2. Daher iſt die Polemik Thöls (S. 156 Note 5) gegen Thibaut und Savigny ganz ungegründet.

6) Vgl. Savigny I S. 292. 293. Dieſer Unterſchied zwiſchen der Analogie und der „ausdehnenden" Auslegung wird gut und ſcharf hervorgehoben von Helfert Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1847 I S. 100—114.

7) So noch von Schuſter I S. 113 Nr. 7.

Rechtsfrage erweitert wird[8]. Dieſes Gegebene, von dem ausgegangen wird, kann ein einzelnes Geſetz ſein, ſ. g. Geſetzesanalogie, oder die Principien des ganzen poſitiven Rechts, ſ. g. Rechtsanalogie[9].

A. Die Analogie iſt zunächſt Geſetzesanalogie d. h. Entſcheidung eines geſetzlich nicht normirten Falles nach einem Geſetz, das einen ähnlichen Fall entſcheidet, weil und inſofern die Gründe der geſetzlichen Norm in dem einen Fall auch auf den andern Fall paſſen. Hier gilt ſomit die Regel ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio. Alles kommt hierbei nun auf eine genaue Beſtimmung deſſen an, in welchem Sinn der mehrdeutige Ausdruck „Grund des Geſetzes" (ratio legis) zu nehmen ſei.

Unter Grund des Geſetzes[10] verſteht man 1) den äußern Anſtoß zum Geſetz, die hiſtoriſche Veranlaſſung desſelben (auch geſchichtlicher Grund genannt) die ſ. g. occasio legis[11]. Da die Begebenheiten, welche zu einem Geſetz den Anſtoß gegeben haben, auch zu ganz andern legislativen Maßregeln hätten führen können und da die occasio legis mit der getroffenen geſetzlichen Verfügung in gar keinem innern, ſondern lediglich in einem äußern Zuſammenhang ſteht, ſo iſt es leicht begreiflich, daß von der occasio legis für die Analogie kein Gebrauch gemacht werden kann[12].

2) Grund des Geſetzes bedeutet ferner das legislativ-politiſche Moment (ratio legis im engern Sinn, minder paſſend auch factiſcher Grund genannt), welches den Geſetzgeber zur Erlaſſung der

---

8) Daher die ſcheinbare [Identität der Analogie mit der] ausdehnenden Auslegung. Die ausdehnende Auslegung erweitert aber nur die Worte, weil dieſe den Gedanken nicht in ſeinem vollen Umfang wiedergeben; die Analogie dagegen erweitert den Gedanken und bildet dieſen zu dem Umfang aus, deſſen er aus und in ſich ſelbſt fähig iſt.

9) Kierulff I S. 30. 31.

10) Vgl. hierüber Thibaut log. Ausleg. S. 58—68. Hufeland über den Geiſt des röm. Rechts I Abhandl. 2. S. 13—25, Mühlenbruch I §. 61, Kierulff I S. 25 fg. Savigny I S. 216 fg., Wächter II S. 55 fg., Thöl §. 56.

11) Vgl. z. B. l. 1 §. 5 D. de postul. (3, 1) l. 1 pr. D. ad SC. Macedon. (14, 6). So beginnt der Erlaß des Juſtizmin. v. 8. Aug. 1853 (R. G. B. 160) mit den Worten: Aus Anlaß eines vorgekommenen Falles u. ſ. f.

12) Dagegen kann allerdings von der occasio legis behufs der Auslegung im eigentlichen Sinn Gebrauch gemacht werden. Vgl. §. 13.

geſetzlichen Verfügung beſtimmte. Dieſes Moment beſteht in einer beſtimmten Wirkung, welche der Geſetzgeber mit dem Geſetz hervorbringen will. In ſo fern kann man dieſen Grund des Geſetzes am beſten Zweck, Abſicht des Geſetzes nennen, da er ſich auf die Zukunft bezieht[13]. Dieſer Zweck kann in der Befriedigung einer Forderung der Sittlichkeit, der Religion, des öffentlichen Wohles, in der Beförderung der Sicherheit des Verkehrs, im Schutz gegen Übervortheilung u. ſ. w. beſtehen[14]. Immer alſo iſt der Grund des Geſetzes in dieſem Sinn bloß ein Zweckmäßigkeits-, Nützlichkeits-Grund. Daß der Grund des Geſetzes auch in dieſem Sinn nicht für die Analogie nutzbringend verwendet werden kann, ergibt ſich aus der doppelten Erwägung, daß es einerſeits ſtets ſehr fraglich bleibt, ob der Geſetzgeber rückſichtlich des übergangenen Falles auch den gleichen Zweck angeſtrebt hätte[15], und daß andrerſeits ſelbſt dann, wenn es gewiß iſt, daß der gleiche Zweck angeſtrebt werden wollte, die Gewißheit in Anſehung des Mittels fehlt, da derſelbe Zweck mit verſchiedenen Mitteln erreicht werden kann[16]. — Da nun alles ſinguläre Recht auf Zweckmäßigkeitsgründen, welche dem ſtrengen Rechtsgebiet fremd ſind, auf den Principien der utilitas und necessitas beruht, ſo ergibt ſich ſchon hieraus von ſelbſt, daß das ſinguläre Recht niemals analogiſch angewendet werden kann[17].

3) Unter Grund des Geſetzes verſteht man endlich die ſchon vorhandene höhere Rechtsregel, das Rechtsprincip[18], deſſen

---

13) Vgl. insbeſ. Kierulff I S. 25—27, Savigny I S. 217.

14) cf. l. 1 D. de don. int. vir. et uxor. (24, 1), l. 1 §. 2 D. de aedilic. edict. (21, 1), l. 28 C. de donat. (8, 54). So iſt z. B. das Beſtreben Übereilungen vorzubeugen die ratio legis der Beſtimmung des §. 943 a. b. G. B., daß aus mündlichen Schenkungsverſprechen kein Klagerecht erwächſt; ſ. ferner §. 2 des Wucherpat. v. 2. Dec. 1803.

15) So z. B. wenn man die Beſtimmung des §. 597 a. b. G. B. auf testamenta ruri condita erweitern wollte.

16) Übrigens gilt auch in dieſer Beziehung das in Note 12 Geſagte.

17) l. 14 D. de leg. (1, 3) Quod vero contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias. l. 141 pr. D. de R. J. l. 162 eod., vgl. Savigny I S. 218. 294. Auch in dieſer Beziehung iſt es praktiſch wichtig, die Analogie von der ausdehnenden Auslegung ſcharf zu ſondern, da das ſinguläre Recht zwar ausdehnend ausgelegt (vgl. §. 13), nicht aber analogiſch erweitert werden darf.

18) Vgl. Einleitung Nr. I Note 7.

conſequente Durchführung den analogiſch anzuwendenden Rechtsſatz erzeugt hat. Dieß iſt das juriſtiſche Motiv des Geſetzes, der Rechtsgrund, die ſ. g. ratio juris. Dieſer Grund des Geſetzes iſt es, welcher zur analogen Anwendung desſelben die Berechtigung gibt [19]. Denn da alle Analogie in einer conſequenten Erweiterung beſteht [20], ſo ergibt es ſich von ſelbſt, daß aus der höhern Rechtsregel wie in dem entſchiedenen ſo in dem nichtentſchiedenen Fall die gleiche Conſequenz zu ziehen iſt. Die ratio juris verhält ſich zum Geſetz wie der Grund zur Folge: wo dieſelbe ratio juris zu Grunde liegt, muß die gleiche Folge gelten [21].

Für die Geſetzesanalogie gelten folgende Regeln:

1) Alle Analogie findet nur dort ſtatt, wo ſich im Geſetz Lücken finden, alſo nur zur Aushilfe. Iſt daher eine Regel vorhanden und gibt es von dieſer Regel Ausnahmen, ſo darf die Ausnahme auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden, da dieſe andern Fälle unter die Regeln fallen [22]. Eine ſolche Ausnahme iſt im Ganzen und Großen auch das ſinguläre Recht in ſeinem Verhältniß zum regelmäßigen

---

19) Vgl. hierüber Kierulff I S. 28—30 und Thöl S. 155. Doch kann man mit letzterem Schriftſteller nicht ſagen: „Analogie ſei Findung und Anwendung des Princips", da das Princip nur behufs der Analogie geſucht wird, und ebenſowenig: „das Princip werde durch ausdehnende Auslegung gefunden", da die Frage, ob die Worte des analogiſch zu erweiternden Geſetzes den Gedanken desſelben vollkommen ausſprechen oder nicht, hierbei ganz irrelevant iſt.

20) l. 32 pr. D. de leg. (1, 3) — quod proximum et consequens est.

21) Man ſchließt hier *ἀνά λογον* secundum rationem. Beiſpiele aus dem röm. Recht ſ. in l. 4 D. si quadr. pauper. (9, 1) vgl. mit l. 1 pr. eod., l. 34 §. 7 D. de C. E. (18, 1); aus dem öſterr. Recht: Der §. 1109 a. b. G. B. beſtimmt daß der Beſtandnehmer ſich gegen die Contractsklage auf Rückſtellung der Sache nicht mit der „Einwendung des frühern Eigenthumsrechtes" ſchützen könne (l. 25 C. de loc. et cond. 4, 65); dieſe geſetzliche Beſtimmung des §. 1109 iſt aber nur ein Ausfluß aus dem Princip (ratio juris), daß die bona fides fordere daß Verträge erfüllt werden und daß quod bonae fidei est ad perfidiam non est trahendum (l. 11 C. depos. 4, 44). Daher wird für die Fälle des Depoſitum, Commodatum u. ſ. f., kurz bei allen Verträgen, in welchen es ſich um die Rückgabe einer individuellen Sache handelt, das Gleiche gelten müſſen. Vgl. Pfordten civiliſt. Abhandl. S. 312. 313.

22) So z. B. tritt in allen Fällen, welche nicht unter die Beſtimmung des §. 88 a. b. G. B. fallen, alſo in jenen Fällen, wo das Ehehinderniß nicht durch Dispens gehoben wurde, die Regel ein, d. h. die Ehe muß in der gewöhnlichen Form geſchloſſen werden und iſt als neue Ehe vom Tag der Schließung zu betrachten; vgl. die richtigen Ausführungen von Stubenrauch I S. 291. 292

Recht. Auch aus dieſem Grunde darf daher das ſinguläre Recht nicht analogiſch erweitert werden[23]. Daraus daß die Analogie nur zur Aushilfe eintreten darf, ergibt es ſich von ſelbſt, daß correctoriſche Geſetze nicht analog auf ſolche Fälle ausgedehnt werden dürfen, welche ſchon unter den ungeändert gebliebenen Beſtimmungen des alten Geſetzes befaßt ſind[24].

2) Soll die Analogie ſtattfinden, ſo muß der Rechtsgrund des analogiſch anzuwendenden Geſetzes, oder, wenn dieſes mehrere enthält, alle Rechtsgründe, auf welche ſich dasſelbe ſtützt, auf die übergangene Rechtsfrage vollkommene Anwendung leiden[25]. Es muß Gleichheit des Grundes ſtattfinden[26].

3) Der Fall, auf den das Geſetz analogiſch angewendet werden ſoll, muß dem im Geſetz entſchiedenen Fall ähnlich ſein[27] d. h. er muß diejenigen Merkmale an ſich tragen, welche in dem geſetzlich entſchiedenen Fall die betreffende Entſcheidung herbeiführten. Es muß der ganze Thatbeſtand, an welchen die geſetzliche Beſtimmung geknüpft iſt, auch in dem nicht entſchiedenen Fall vorhanden ſein, damit auch auf dieſen die gleiche geſetzliche Entſcheidung angewendet werden könne[28]. Fehlt eines jener Merkmale, ſo kann von einer analogiſchen Anwendung des Geſetzes auf den fraglichen Fall keine Rede ſein[29].

---

23) Vgl. Donellus Comm. jur. civ. lib. I c. XIV §. 9. 10, Savigny I S. 293.

24) l. 32 §. 6 C. de appell. (7, 62), Thibaut log. Ausleg. §. 20, Wächter II S. 59.

25) Wo nicht der λόγος derſelbe iſt, kann nicht ἀνὰ λογον geſchloſſen werden; Kierulff I S. 30.

26) Die bloße Aehnlichkeit des Grundes reicht alſo nicht hin, obgleich dieß öfters behauptet worden iſt (z. B. Hofacker Princ. jur. Rom. I §. 156, Jordan im Arch. f. civil. Prax. VIII S. 233 fg.); vgl. dagegen Thibaut log. Ausleg. §. 16, Wangerow I S. 63 und beſond. Müller civil. Abhandl. I S. 202 fg.

27) Gleich darf natürlich der Fall nicht ſein, da es ſonſt dieſer Operation gar nicht bedarf.

28) z. B. l. 27 §. 3 D. de R. V. (vgl. hierzu Kierulff I S. 30 Note **) l. 2 §. 29 D. ad SC. Tertull. (38, 17), l. 32 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2). So iſt z. B. dem Fall, welcher im §. 689 a. d. G. B. entſchieden wird, der Fall ähnlich, wenn der Legatar mit der Entrichtung eines weitern Vermächtniſſes beſchwert wurde (§. 650); außerweſentlich iſt in dieſen Fällen die Qualität Erbe, Legatar, weſentlich dagegen die Belaſtung mit einem Vermächtniß und das Erledigtſein desſelben.

29) So räumt z. B. das Geſetz im §. 812 den Gläubigern des Erblaſſers das Recht ein, die Abſonderung des Vermögens des Erblaſſers von dem des Erben zu

B. Wenn eine übergangene Rechtsfrage nicht dadurch entſchieden werden kann, daß ſich im Geſetz eine ähnliche Frage findet, welche nach einem auf beide Fälle paſſenden Rechtsgrund entſchieden iſt, ſo muß man zur Rechtsanalogie ſeine Zuflucht nehmen[30]. Die Rechtsanalogie beſteht in der Bildung einer Entſcheidungsnorm aus den Principien des geſammten poſitiven Rechts. Während die Geſetzesanalogie den Geiſt des einzelnen Geſetzes erfaßt und mit dem aus dieſem Geſetz gewonnenen Princip operirt, faßt die Rechtsanalogie das poſitive Recht im Ganzen und Großen auf und füllt mit den aus demſelben gewonnenen Rechtsprincipien die Lücken des Rechtsgebäudes aus. Dieſe Lücken können theils darin beſtehen, daß manches Geſetz nur unvollſtändig gegeben[31], manches Rechtsinſtitut nicht nach allen Seiten hin durch die Geſetzgebung ausgebaut wurde; theils darin, daß manche Rechtsverhältniſſe gar keine geſetzliche Normirung erhalten haben, was insbeſondere dann leicht ſtattfinden wird, wenn der geſchäftliche Verkehr einen raſchen Aufſchwung nimmt und das

---

fordern, damit ſie vor Benachtheiligung geſchützt werden (ratio legis). Die Gläubiger des Erben mögen ſich vielleicht in ähnlicher Lage befinden, auch ſie wollen ſich vor Übervortheilung ſchützen. Dennoch haben ſie nicht das beneficium separationis, weil 1) nicht alle weſentlichen Merkmale, an welche das Geſetz des benef. separationis knüpft, vorhanden ſind; dieſe Merkmale ſind a) Vorhandenſein von Gläubigern, b) Vorhandenſein von Gläubigern des Erblaſſers, und weil 2) die ratio legis im engern Sinn nicht zur analogiſchen Anwendung des Geſetzes berechtigen kann. Für die Gläubiger des Erben gilt vielmehr die Regel licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem (l. 1 §. 2 D. de separ. 42, 6).

30) Vgl. Savigny I S. 292, Kierulff I S. 31, Wächter II §. 14. Auf die Geſetzes- und Rechtsanalogie verweiſt den Richter ſchon der §. 2 des Pat. v. 22. Febr. 1794: „der Richter ſoll — auf gleichförmige darin ausgedrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Geſetze ſich darſtellenden Grundſätze und Abſichten ſehen und den Fall nach derſelben Maßgebung beurtheilen.“ Im §. 7 des Geſetzb. v. Jahr 1811 bezieht ſich wie im weſtgaliz. Geſetzb. I §. 18 der Ausdruck „auf ähnliche in den Geſetzen beſtimmt entſchiedene Fälle“ auf die Geſetzesanalogie und der Ausdruck „auf die Gründe anderer damit verwandter Geſetze“ auf die Rechtsanalogie.

31) Hierher alſo gehört auch der Fall, wenn ein Geſetz zu einem Geſchäft die Zuziehung von Zeugen vorſchreibt, ohne die Zahl derſelben zu beſtimmen. (Nov. 107 c. 1), ein Fall, welchen Savigny I S. 225. 226 und ihm folgend Wächter II S. 434 mit Unrecht zur Auslegung der Geſetze rechnen; vgl. dagegen Thöl Einleit. S. 445 Note 1. Für das öſterr. Recht mag als Beiſpiel die Form der Extabulationsurkunden (§. 444 a. b. G. B.) dienen, da das Geſetzbuch (§ 434 fg.) nur von der Form der Intabulationsurkunden handelt.

täglich fortschreitende Leben neue Verhältnisse erzeugt, für welche ein früher abgefaßtes Gesetzbuch eine normirende Rechtsregel nicht aufstellen konnte. Um die Lücken der ersteren Art ausfüllen zu können, muß man das Wesen des fraglichen Rechtsinstituts ergründen, die Principien erforschen, welche die Träger desselben bilden, die Consequenzen ableiten, welche sich mit innerer Nothwendigkeit aus den gefundenen Principien ergeben und insbesondere die gesetzliche Ausbildung verwandter Rechtsinstitute ins Auge fassen[32]. Um die Lücken der letztern Art[33] ausfüllen zu können, muß man die fraglichen Rechtsverhältnisse selbst auf das sorgfältigste nach allen Seiten und Beziehungen hin prüfen, um die Rechtsregel aufzudecken und zum wissenschaftlichen Bewußtsein zu bringen, welche mit den Rechtsverhältnissen zugleich gesetzt, in ihnen mit ihrem Entstehen zugleich gegeben ist und sie eben so sicher beherrscht wie das Naturgesetz die einzelne Erscheinung. Dieß ist es, was man die positive Natur der Sache nennen kann[34], eine Bezeichnung, die freilich vieldeutig ist[35] und wobei man sich insbesondere vor einer Vermischung mit dem s. g. Naturrecht hüten muß[36]. Denn während auf dem ersteren Wege ins

---

32) Ein Beispiel mag dieses Verfahren veranschaulichen. Es fehlt in dem österr. Gesetzb. an einer Entscheidung über die Frage, ob ein in den öffentlichen Büchern eingetragenes Pfandrecht ersessen werden könne (vgl. §. 1466 fg.). Um diese Frage befriedigend zu lösen, muß man sich die Bedeutung klar machen, welche die sogen. Ersitzung intabulirter Rechte im österr. Recht hat. Um aber diese Frage zu beantworten, muß man erst wieder das juristische Wesen des Instituts der öffentl. Bücher bestimmt und präcis erkannt haben. Auf diese Art wird man aus dem Geist des positiven österr. Rechts heraus die aufgeworfene Frage zu lösen im Stande sein.

33) Solcher Lücken gibt es im österr. Gesetzb. eine große Menge. Es soll hier nur beispielsweise an Versteigerungen, Auslobungen, an den Handel mit Staatspapieren, an das Lotterie- u. Ausspielgeschäft, an die Actiengesellschaften u. s. f. erinnert werden.

34) In einem solchen Sinn heißt es in l. 7 § 7 De adq. rer. dom. (41, 1) — Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset; in l. 24 D. de statu hom. (1, 5) Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur; in l. 10 D. de R. J. Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. Das selbständige, selbstthätige Ergründen dieser positiven Natur der Sache urgirt Leist Civilist. Studien auf dem Gebiet dogmatischer Analyse Jena 1854—55 I. II. insbes. I (Über die dogmat. Analyse röm. Rechtsinstitute) S. 53 fg.

35) Vgl. hierüber Beseler I §. 14 S. 52 fg., Stahl Rechtsphilosophie (3. Aufl.) II S. 223 fg.

36) Wie dieß früher häufig insbes. von den Germanisten geschah vgl. Gerber

Innere der Verhältniſſe eingedrungen und aus dem Thatſächlichen heraus das rechtliche Element zu Tage gefördert wird[37], ſchlägt das Naturrecht den umgekehrten Weg ein und will den Rechtsſtoff und das Thatſächliche aus ſubjectiven Poſitionen ableiten. Die aus der poſitiven Natur der Sache ſich ergebenden Rechtsregeln ſind mit den Principien des geſammten poſitiven Rechts in Einklang zu bringen, beziehungsweiſe durch dieſelben zu modificiren. Indem man auf die bezeichnete Weiſe die Rechtsregeln aus der innern Natur der Sache ſelbſt zu gewinnen ſucht und ſie mit den geſammten Principien des poſitiven Rechts in Einklang bringt, handelt man im Geiſte des Geſetzgebers, der ja gleichfalls das Geſetz nicht willkürlich erfindet, ſondern die aus der poſitiven Natur der Sache ſich nach ſeiner Erkenntniß ergebenden Rechtsregeln in Geſetzesform bringt[38].

II. Naturrecht. — Billigkeit.

§. 14. I. Wenn ſich eine Rechtsfrage weder durch die Berückſichtigung „ähnlicher in den Geſetzen beſtimmt entſchiedener Fälle", noch durch Inbetrachtnahme der „Gründe verwandter Geſetze" entſcheiden läßt, ſo ſoll dieſelbe nach der Vorſchrift des §. 7 des bürgerl. Geſetzb. nach den „natürlichen Rechtsgrundſätzen" entſchieden werden. Mit andern Worten: der Beſtimmung des öſterreichiſchen Geſetzbuchs zufolge ſoll, wenn weder die Geſetzes- noch die Rechtsanalogie ausreicht, zum Naturrecht die Zuflucht genommen werden. Dem Na-

---

Das wiſſenſchaftl. Princip des gem. deutſchen Privatr. (1846) S. 60 fg. 340 fg., Walter Deutſches Privatrecht (1854) §. 13.

37) Dennoch aber kann man nicht ſagen, die Natur der Sache ſei Rechtsquelle; ſo häufig dieß auch geſchieht, ſo iſt dieß doch ganz unrichtig. Denn unter Rechtsquelle verſteht man die Entſtehungsgründe und Organe des geltenden Rechts; die Natur der Sache iſt aber nur das Motiv zur Bildung des Rechts, die Veranlaſſung dazu, daß ein Organ die in der Natur der Sache liegende Regel als Rechtsregel aufſtellt.

38) Von ſolchen mit innerer Nothwendigkeit aus der poſitiven Natur der Sache ſich ergebenden Rechtsregeln und Rechtsſätzen heißt es in §. 3 I. de leg. agnat. tut. (1, 15) Civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique cf. § 11 I. de jur. natur. (1, 2) l. 8 D. de R. J. l. 2 §. 4 D. de usufr. ear. rer. (7, 5) — nec enim naturalis ratio autoritate senatus commutari potuit (vgl. Leiſt a. a. O. I S. 77 Note 1). Wir werden von letzterem Satz auch für das öſterr. Recht Gebrauch zu machen in der Lehre vom Beſitz die paſſende Gelegenheit finden.

turrecht ist somit für das österreichische Privatrecht die Bedeutung und Kraft eines subsidiären Rechts beigelegt worden.

Diese Bestimmung steht in vollem Einklang mit den Grundanschauungen, welche man in der älteren Zeit und selbst bis auf die neuere Zeit herauf über das Naturrecht, dessen Bedeutung und Geltung hatte. Die ältere Schule glaubte aus der Natur des Menschen mit Hilfe der gesunden Jedermann eigenen Vernunft unter Berücksichtigung der dem Menschen ins Herz geschriebenen Gesetze ein Normalrecht ableiten zu können, welches mit der Erschaffung des ersten Menschen gesetzt[1] überall und ohne Unterschied der Zeit und des Orts zu gelten[2] und in dessen positiver Sanctionirung die leichte Aufgabe der Gesetzgebung zu bestehen hätte[3]. War man auch in dem „obersten Princip" dieses Normalrechts nicht einig, so herrschte dagegen die Überzeugung um so allgemeiner, daß über jene Fragen, welche den Inhalt eines bürgerlichen Codex auszumachen hätten, vollkommene Einigkeit zu erzielen wäre[4], und daß man selbst für solche Fragen, bei deren Entscheidung unverkennbar eine gewisse Willkür Spielraum hat, aus dem Naturrecht mit innerer Folgerichtigkeit eine sichere Norm gewinnen könne[5]. In diesem Naturrecht sah man nicht nur das Ideal

---

1) So beginnt Kreitmayer Anmerkungen zum Codex Maximil. Bavaric. civilis (1758) Thl. I c 2 §. 4 (S. 14) seine Abhandlung über das Naturrecht mit folgenden Worten: „Das Recht der Natur hat zwar mit Erschaffung des ersten Menschen seinen Anfang genommen, ist aber gleichwohl erst im vorigen saeculo in formam artis et disciplinae gebracht worden."

2) So sagt selbst Schilling Lehrb. für Institut. und Geschichte des röm. Rechts (1834) I §. 4 noch, daß das Naturrecht der Idee nach allgemeine Giltigkeit habe.

3) Dieses Naturrecht glaubte man im jus gentium der Römer wiederfinden zu können, vgl. statt Aller den Wiener Heineccius I S. 24 („ihr Völkerrecht ist unser Naturrecht"); s. hierüber insbes. Savigny System I §. 22 u. Beil. I.

4) Unter Berufung auf diese Einigkeit der Naturrechtslehrer über die wichtigsten Fragen hielt man im vorigen Jahrhundert die Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für eine leichte Aufgabe. So sagt Donner Einleit. zur Kenntniß der österr. Rechte (Wien 1778) im Vorbericht: „kein Fall ist mehr anzutreffen, der nicht durch eigene auf Verstand und Natur gegründete Gesetze bestimmt wäre" — „die Rechte der Natur sind bei unsern Tägen zu einem von den Römerzeiten ohngleich höhern Grad gekommen"; — „da nun heutzutage fast alle Gelehrten Europa's in den Grundsätzen und in allem Wesentlichen des Naturrechts übereinstimmen — so ist kein Zweifel daß Österreich gar keiner fremden Gesetze mehr benöthigt wäre."

5) So glaubte z. B. Hoffbauer Das Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt (1793) aus dem Naturrecht den Satz mit Sicherheit gewinnen zu können, daß zu einem vollen Beweis zwei Zeugen erforderlich seien.

eines im Staate zu verwirklichenden Rechtszuſtandes, ſondern den abſoluten Maßſtab für die Prüfung nicht nur der Güte [6] ſondern ſelbſt der Giltigkeit [7] des beſtehenden poſitiven Rechts. Das Naturrecht in ſeiner Totalität wurde als ein unveräußerliches Recht eines jeden Menſchen angeſehen, welches ihm der Staat weder nehmen noch verkümmern dürfe, deſſen Ausſprüche er nur zu verwirklichen und mit ſchützenden Formen zu umgeben habe [8]. Es bildete den Gegenſtand einer lebhaften Controverſe, ob der Geſetzgeber am Naturrecht überhaupt etwas ändern dürfe [9], und nur nach vielen Kämpfen und unter mannigfachen Cautelen gelangte man zur Abſteckung eines Gebiets, auf welchem dem Geſetzgeber freie Thätigkeit geſtattet wurde. Doch ſollte der Geſetzgeber auch in dieſem Fall aus dem unverſiegbaren Quell des Naturrechts ſchöpfen und ſein Geſetzbuch nichts anderes als eine Realiſirung der Forderungen des oberſten Rechtsprincips ſein [10]. Wo immer alſo in dem poſitiven Geſetzesrecht Lücken blieben,

---

6) So ſagt Schilling a. a. O. §. 5 das Naturrecht ſei die Grundlage und Richtſchnur des poſitiven Rechts, und die gleiche Bedeutung legt dem Naturrecht ein öſterr. Schriftſteller in einem breit gehaltenen Aufſatze noch im Jahr 1845 bei (Herbſt Aphoriſtiſche Bemerkungen über das Verhältniß des Vernunftrechts überhaupt und insbeſondere des natürlichen Privatrechts zum poſitiven, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsg. 1845 I S. 245 fg.).

7) So ſagt noch Schweppe Das römiſche Privatrecht (4. Ausg. 1828) Bd 1 §. 2, das Naturrecht ſei „ohne Zweifel Entſcheidungsnorm, wenn poſitive Beſtimmungen fehlen oder wenn es Wahrheiten aufſtelle, welche durch kein poſitives Recht verdrängt werden können.“

8) Mit dieſem Naturrecht wurde der Menſch im Naturſtande wie mit Schwimmkleidern ausgeſtattet, um ſich von dieſem Geſtade aus in das unvermeidliche ingens aequor des Staats zu ſtürzen. So ſagt z. B. Hufeland Lehrſätze des Naturr. (1790) §. 14. 15 (S. 7): „Die Rechte des Menſchen im Naturſtande haben auf ſeine Rechte nach Errichtung der Staaten großen Einfluß, alſo iſt es deßwegen wichtig ſie genau zu kennen. Demnach iſt das Naturrecht eigentlich zu keinem Zweck brauchbar, als um über die Rechte der Menſchen im Staat zu urtheilen.“

9) Vgl. insbeſ. Weber Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (1784, 5. Ausg. 1825; nach letzterer wird in dieſem Werk citirt) §§. 57. 58 S. 463 fg.: „Ob und inwiefern das Naturrecht durch bürgerliche Geſetze eine Abänderung leiden könne.“ Glück Pandektencomment. I §. 48. Zeiller I S. 67 hielt es für nöthig hervorzuheben, „es wäre eine große Kühnheit ſich gegen alle bürgerliche Ordnung zum Richter über die Geſetze aufzuwerfen, und unter dem Vorwand, daß ſie mit den natürlichen nicht übereinſtimmen, ſelbe verſchmähen zu wollen“ und auch Schweppe a. a. O. S. 9 meint trotz ſeiner Note 7 angef. Äußerung „das Verfahren, dem Naturrecht gegen das poſitive Recht auf alle Weiſe zu Hilfe zu kommen, verdiene keinen Beifall.“

10) So ſagt Zeiller I S. 54: „Die entfernte und letzte Abſicht des Civil-

da sei es nicht schwer dieselben zu ergänzen. Man habe aus denselben Quellen zu schöpfen, aus welchen der Gesetzgeber selbst geschöpft habe: das Naturrecht bilde wie das Correctiv so auch die stete Ergänzungsquelle des positiven Rechts[11]. Mit dieser Subsidiarität des Naturrechts gingen Einige so weit, daß sie alle Gesetzes- und Rechtsanalogie verwarfen und sofort an ihrer Stelle das Naturrecht eintreten lassen wollten[12], während Andere dieses Verhältniß zum entschiedenen Vortheil der Sache umkehrten und erst dort, wo weder Gesetzes- noch Rechtsanalogie eine Aushilfe gewähren sollte, das Naturrecht ins Vordertreffen rücken ließen[13]. Dieser letztern Ansicht ist das österr. Gesetzb. im §. 7 gefolgt[14].

Wie wenig diese ganze Auffassungsweise des Naturrechts unserer heutigen Anschauung über Recht und Staat entspreche, ist bekannt, und es ist in hohem Grade interessant zu sehen, wie die neuern österreichischen Schriftsteller von Winiwarter ab[15] sich bemühen den

---

gesetzgebers ist die Realisirung des obersten allgemeinen Rechtsgesetzes, welches die Freiheit eines jeden Einzelnen darauf beschränkt, daß auch alle Übrigen in Gemeinschaft mit ihm freithätig und sicher sein können." Daß man in Preußen bei der Abfassung des allgem. Landrechts ganz ebenso dachte darüber vgl. Bornemann I S. 22 fg.

11) Vgl. Stahl Die Philosophie des Rechts Bd. II (3. Aufl. 1854) S. 230 fg.

12) So insbes. der seiner Zeit hochgefeierte Weber in der angef. Schrift §. 44 (S. 99 fg.): „Vorläufige Bemerkungen über das Verhältniß Gebrauch und Anwendung des Naturrechts in bürgerlichen Gerichten überhaupt." Auch für diese Ansicht glaubte man im römischen Recht Anhaltspunkte finden zu können. — Sehr bemerkenswerth ist eine Abhandlung des in Österreich hochgeachteten Schömann (Handb. des Civilr. Bd I Gießen 1806 Abhandl. III. „Was ist Naturrecht?" S. 405 fg.), welcher sich gegen das Naturrecht überhaupt und insbesondere gegen die Subsidiarität desselben in sehr treffender Weise erklärte. Dieser Aufsatz Schömanns blieb Zeillern nicht unbekannt; er lehnte ihn aber in einer Note (I S. 65) mit der Bemerkung ab: „Ob das röm. Gesetzbuch dem Richter ein solches Befugniß zugestehe, ist ungeachtet der scheinbaren Stellen noch zweifelhaft."

13) So auch Schweppe a. a. O. S. 9, nach dessen Ansicht „sogar der Analogie des positiven Rechts als einem Theile des letzteren der Vorzug vor dem Naturrecht gebühre."

14) So sagt auch Schuster I S. 156, weniger naiv als man später gemeint hat: „Der unerschöpfliche Vernunftcodex ist daher bei uns als ein Subsidiarrecht angenommen und in dieser Absicht wird das vorgeschriebene Lehrbuch des Naturrechts jederzeit hauptsächlich von den Gerichtsstellen gewürdigt werden müssen."

15) Commentar I S. 83 fg. So auch schon Wagner Kritisch. Handb. des Wechselrechts (1823) I §. 20; ferner Berger Die Rechtsphilosophie als letzte Entscheidungsquelle im österr. Privatrecht, Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1843 I S. 253 fg. Diese Schriftsteller, mit denen jetzt auch Stubenrauch I S. 96. 97

§. 7 des bürgerl. Geſetzb. in einer Weiſe zu interpretiren, wodurch dem eigentlichen Naturrecht die Subſidiarität, welche ihm jener §. einräumt, wieder entzogen wird. Dieſe Verſuche geben ein unwiderlegliches Zeugniß, daß das Rechtsbewußtſein des Juriſtenſtandes in dieſem Punkte ein weſentlich anderes geworden ſei, und zeigen wie die Theorie ſtets bemüht ſein wird, über eine der herrſchenden Anſicht nicht mehr entſprechende Geſetzesſtelle auf die eine oder andere Art hinauszukommen. Vom Standpunkt der hiſtoriſchen Interpretation müſſen jene Auslegungsverſuche des §. 7 entſchieden zurückgewieſen werden; man kann jedoch mit dieſer Zurückweiſung um ſo ruhiger zu Werke gehen, als ſich in der That niemals [16] ein Fall ereignen kann, in welchem zu jener ſubſidiären Quelle recurrirt werden müßte. Denn die Rechtsanalogie iſt vollkommen ausreichend, um jeden ſich ergebenden Fall im Geiſte des beſtehenden Rechts zu löſen, und in der Aufſtellung des Naturrechts im §. 7 des bürgerl. Geſetzb. iſt nichts anderes als die Befriedigung eines rein theoretiſchen Dranges der Verfaſſer des bürgerl. Geſetzbuches zu ſehen [17].

II. Das Naturrecht in der geſchilderten Weiſe pflegt man auch *Billigkeit* zu nennen [18]. Doch wird hierbei der Ausdruck nicht in ſeiner techniſchen Bedeutung genommen. Im techniſchen Sinn bedeutet *Billigkeit die Berückſichtigung der individuellen Unterſchiede und ihrer Anſprüche* [19]. Die Billigkeit durchdringt

---

übereinſtimmt, verſtehen unter den natürlichen Rechtsgrundſätzen „das natürliche Syſtem unſeres poſitiven Rechts", alſo eigentlich nichts anderes als was man ſonſt Rechtsanalogie nennt. Allein über die Rechtsanalogie ſpricht ſich der §. 7 ſchon im erſten Satz aus und es geht aus *Zeiller's* Comment. I S. 64 fg. mit Beſtimmtheit hervor, daß man mit den natürlichen Rechtsgrundſätzen etwas von der Rechtsanalogie Verſchiedenes bezeichnen wollte. Für ebenſo unhaltbar muß ich den Auslegungsverſuch des §. 7 erklären, welchen ich in meiner Antrittsrede gemacht habe.

16) Unſere Schriftſteller meinen, daß ſich ein ſolcher Fall „ſehr ſelten" ereignen werde (z. B. *Winiwarter* I S. 85, *Helm* in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1828 II S. 276 fg.). In der That aber kann er ſich *niemals* ereignen; denn ſelbſt in den von jenen Schriftſtellern angef. §§. 46. 47 des a. b. G. B. tritt das Naturrecht nicht als *Subſidiärquelle* ein, ſondern es dient nur zur *Auslegung* jener an und für ſich ganz müßigen, praktiſch bedeutungsloſen Paragraphen.

17) Ebenſo ſagt *Schweppe* a. a. O.: „Im Privatrecht läßt die Fülle des poſitiven Rechts dem Naturrechte wenig Spielraum."

18) Vgl. *Kreitmayer* Anmerk. zum Cod. Max. Bavar. I c. 1 §. 11.

19) Über die *Billigkeit* und ihre verſchiedenen Bedeutungen vgl. *Glück* I §. 26 S. 167 fg., *Mühlenbruch* I §. 43, *Buchta* Pand. §. 21 und Vorleſ. I S. 49—51, *Kierulff* I S. 22—25, *Wächter* II §. 44, *Thöl* Einl. § 40,

allmälig das Recht und wird damit selbst ein Bestandtheil des allgemein geltenden Rechts[20]. Im Gegensatz zu dieser Recht gewordenen Billigkeit (jus aequum) heißt das Recht strenges Recht (jus strictum). Die Erhebung der Billigkeit zum objectiven Recht steht als eine Fortbildung des Rechts lediglich dem Gesetzgeber zu[21] und es darf der Richter weder Lücken des Gesetzes mit der Billigkeit ausfüllen noch die Anwendung eines Gesetzes im concreten Fall wegen der individuellen Färbung des Thatbestandes ausschließen oder modificiren[22]. Nur dann, wenn das Gesetz selbst den Richter auf die Billigkeit verweist[23] oder etwas ins Ermessen des Richters stellt[24], hat dieser nach Billigkeit vorzugehen. Aber auch in diesem Fall bedeutet Billigkeit nicht ein dunkles subjectives Gefühl, sondern die genaue Erwägung

---

Schilling Instit. I §. 9 II Zusatz zu §. 10 S. 37—40. Vgl. auch C. A. Albrecht Die Stellung der römischen Aquitas in der Theorie des Civilrechts (1834).

20) So z. B. beruhen die gesetzlichen Vorschriften über Widerruflichkeit der Schenkungen und Anspruch des Schenkers auf Unterstützung (§ 947 fg. a. b. G. B.), über Rescissibilität eines Vertrags wegen Verletzung über die Hälfte (§. 934 fg. a. b. G. B.) auf Billigkeit. — Auf dieser allmäligen Durchdringung des Rechts mit Billigkeit beruht die Auslegungsregel, daß ein Gesetz nach den Regeln der Billigkeit zu interpretiren sei. I. 90 D. de R. J. In omnibus quidem maxime tamen in jure aequitas spectanda sit. I. 8 C. de judic. (8, 1) Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem. — Übrigens herrscht in den modernen Gesetzbüchern in manchen Punkten eine übertriebene Berücksichtigung der Billigkeit, „ein Billigkeitsdespotismus", wie dieß ein preußischer Schriftsteller geistreich bezeichnet hat; so z. B. beruhen die Vorschriften der §§. 1304 und 1310 a. b. G. B. offenbar auf einer zu weit getriebenen Rücksicht auf Billigkeit.

21) l. 1 C. de leg. (1, 14) Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis licet et oportet inspicere. Vgl. über diese Stelle Savigny System I S. 228 Note f. — Aber auch hier muß berücksichtigt werden, daß der österr. Jurist auf dem Weg der reinen Auslegung öfters dazu kommen wird Resultate zu gewinnen, deren ursprüngliche Gewinnung nur auf dem Weg der die aequitas berücksichtigenden Fortbildung des Rechts möglich war; vgl. §. 13.

22) Wie man dieß früher so häufig behauptet hat, vgl. z. B. Leyser Med. ad Pand. vol. I spec. III med. 6. 7 und zum Theil (aus Mißverständniß des röm. Rechts l. 183 D. de R. J.) auch Thibaut selbst noch in der 8. Aufl. des Systems §. 107; s. dagegen die tüchtigen Ausführungen von Glück I §. 30 S. 207 fg. und vgl. auch Zeiller I S. 69 fg.

23) So z. B. in Ansehung der Bestimmung der Leistungszeit bei Obligationen §. 904 a. b. G. B., im Fall der Entschädigungsleistung von Seiten eines Kindes oder eines Wahnsinnigen §. 1310 a. b. G. B.

24) So z. B. im Fall der Bestimmung eines Lohns §. 1152, bei der Ausmessung der Entschädigung für Expropriirte §. 365, bei der Option eines Legats durch den Richter §. 659, bei der richterlichen Bestimmung des Heirathsgutes §. 1221 a. b. G. B. und ähnl. m.

der gesammten individuellen Verhältnisse, also eine aus objectiver Erwägung der thatsächlichen Umstände hervorgegangene Entscheidung, welche daher selbst in diesem Punkte einer oberrichterlichen Reformation fähig ist.

Viertes Capitel.

Kritik und Auslegung der Privatrechtsgesetze.

I. Kritik.

§. 12. Soll ein geschriebenes Gesetz angewendet werden, so muß man sich vor Allem die Gewißheit verschaffen, daß dasselbe sowohl im Ganzen als in allen einzelnen Theilen ächt, authentisch sei. Die Prüfung der Ächtheit einer Gesetzesurkunde im Ganzen und in ihren Theilen und die Feststellung des Textes heißt Kritik[1]. Die Kritik ist demnach eine zweifache, eine höhere und eine niedere. Die höhere Kritik beschäftigt sich mit der Prüfung der Authenticität der Gesetzesurkunde im Ganzen, die niedere mit der Prüfung der Ächtheit und der Feststellung der einzelnen Textesstellen[2].

Da wo der Gesetzgeber den Text des Gesetzes in einer Gestalt übergibt, welcher er selbst öffentlichen Glauben beilegt, fällt das Geschäft der höhern Kritik hinweg. Die Urkunde ist im Ganzen und in ihren Theilen ächt und authentisch. In einem solchen Fall befindet man sich rücksichtlich des a. b. G. B. Dagegen hat die niedere Kritik d. h. die Berichtigung und Feststellung des Textes einzelner Paragraphe allerdings einen Spielraum[3]. Denn es können 1) Schreib- oder Druckfehler unterlaufen sein; 2) können bei der Redaction des Gesetzes von dem damit Beauftragten andere Worte gebraucht werden als jene, welche der Gesetzgeber gebraucht wissen wollte (Redactionsfehler). In beiden Fällen muß die Kritik praktisch zu-

1) Vgl. Savigny System I §. 38. 39, Puchta Pandekt. § 15, Wächter Handb. II §. 26, Vangerow Lehrb. d. Pandekt. I §. 28.

2) Wächter §. 26 Note 1, Vangerow I S. 53. 54, Mühlenbruch Lehrb. I §. 57. In einem andern Sinn nehmen Schweppe I §. 9 und Savigny I S. 242. 246 fg. diese Ausdrücke.

3) Zu weit geht daher Vangerow I S. 54, wenn er behauptet, daß dort, wo authentische Gesetzurkunden vorliegen, „alle Kritik" aufzuhören habe; s. dagegen Puchta Vorles. I S. 33 und schon Schweppe I § 9.

läſſig ſein[4] d. h. es muß geſtattet ſein das durch die Kritik gefundene Reſultat als Beſtandtheil des Geſetzes anzuſehen. Die Redactions- und Druckfehler werden berichtigt, indem an die Stelle des verſchriebenen oder verdruckten Wortes das gewollte geſetzt wird[5] oder indem die verſetzten Worte in die gehörige Ordnung gebracht[6] und die durch Verſehen eingeſchlichenen Worte ausgelaſſen werden[7]. Bei dieſem Geſchäft der Kritik müſſen aber zwei weſentlich verſchiedene Fälle unterſchieden werden[8]:

1) Wenn aus der Geſetzesſtelle ſelbſt oder aus ihrem Zuſammenhang mit andern Geſetzesſtellen nachgewieſen werden kann, daß die fraglichen Worte vom Geſetzgeber nicht gebraucht werden wollten, daß er andere Worte gebrauchen oder die gebrauchten Worte in einer andern Ordnung gebrauchen wollte, ſo iſt die Kritik praktiſch zuläſſig[9].

2) Wenn aber nur mit Hilfe anderer außerhalb des Geſetzes liegender Mittel z. B. aus dem dem Geſetz vorangehenden Vortrag eines Miniſters entnommen werden kann, daß der Geſetzgeber die fraglichen Worte nicht gebrauchen wollte oder überhaupt ſich anderer Worte bedienen wollte als welche im Geſetz ſtehen, ſo ſteht es zwar gleichfalls feſt, daß Dasjenige was im Geſetz ſteht vom Geſetzgeber nicht gewollt iſt, und es kann aus dieſem Grunde nicht gelten. Aber auch Dasjenige was der Geſetzgeber wirklich wollte kann nicht gelten, weil es eben nicht im Geſetze ſteht, nicht als ſein Wille promulgirt iſt, weil es von ihm nur gewollt, aber nicht als Geſetz ausgeſprochen wurde[10].

---

4) Der gedruckte Text iſt, wie Savigny ſagt, nur der Buchſtabe des Buchſtabs; darf man den unrichtigen Ausdruck durch ausdehnende oder einſchränkende Auslegung berichtigen, ſo darf man dieß um ſo mehr in Anſehung des bloßen Textes.

5) Beiſpiele bieten §. 163 a. b. G. B. (indem in manchen Auflagen ſtatt ſechs Monate ſieben Monate ſteht), §. 743 a. b. G. B., in deſſen zweitem Satz in allen Ausgaben „von der väterlichen und mütterlichen Seite erloſchen" ſteht ſtatt „von der väterlichen oder mütterlichen Seite erloſchen".

6) Ein Beiſpiel bietet §. 594 a. b. G. B. in den Worten „Jünglinge und Frauensperſonen unter 18 Jahren".

7) Ein Beiſpiel bieten die Worte „in dieſer Hinſicht" im §. 290 a. b. G. B.

8) Vgl. insbeſ. Wächter II § 26.

9) Wächter II S. 156. 157.

10) Vgl. l. 3 D. reb. dub. (34, 5) l. 9 pr. D. de hered. instit. (28, 5), Hufeland Geiſt des röm. Rechts I S. 73, 74, Wächter II S. 157 Nr. 2.

Existirt von einem Gesetz nur eine einzige gedruckte Auflage von Exemplaren, so ist das Geschäft der Kritik mit dem bisher Gesagten abgeschlossen. Existiren aber mehrere Auflagen, so muß man darauf sehen, ob die mehreren Auflagen sämmtlich als Originalauflagen oder nur als neue Abdrücke des Originals anzusehen seien [11]. Im letztern Falle sind die Abweichungen bloß als Druckfehler anzusehen und nach der Originalauflage zu verbessern. Dieß ist der Fall in Betreff der kleinen durch viele Druckfehler entstellten Octavausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs vom Jahr 1814 [12]. Im ersten Fall aber, wenn also bei der neuen Auflage das Manuscript abermals zu Grunde gelegt wurde, fragt es sich, welcher von den verschiedenen Texten der richtige sei. Es liegen hier somit verschiedene Texte vor: die Kritik hat zwischen den verschiedenen Lesearten diejenige herauszuwählen, welcher nach Wahrscheinlichkeitsgründen der Vorzug zu geben ist (s. g. wählende, vergleichende Kritik). Ein äußerer Wahrscheinlichkeitsgrund liegt was Druckfehler anbetrifft darin, daß es etwa officiell bekannt ist daß auf den Abdruck aus dem Manuscript in einem speciellen Fall besondere Sorgfalt verwendet worden sei. Dieß ist der Fall hinsichtlich des Abdrucks des a. b. G. B. in der Justizgesetz-Sammlung da das Hofdecr. vom 5. April 1822 (Nr. 1858 der J. G. S.) auf ihn als einen besonders sorgfältig gemachten Abdruck verweist. Auch der Gesetzestext der amtlichen Ausgabe für Ungarn u. s. w. ist mit besonderer Sorgfalt abgedruckt worden. Aber dieß ist wie gesagt bloß ein äußerer Wahrscheinlichkeitsgrund und kann demnach vor andern innern Wahrscheinlichkeitsgründen keinen unbedingten Vorzug beanspruchen. — Selbst die Conjecturalkritik d. h. die Feststellung eines eigenen von allen Lesearten abweichenden Textes kann bei authentischen Gesetzesurkunden stattfinden, wenn mehrere Originalauflagen existiren.

Wird der Text auf die angegebene Weise berichtigt und festgestellt, so nennt man dieß Emendation des Textes [13]. Würde der

11) Vgl. Wächter II S. 159 Nr. III.

12) Vgl. Winiwarter I S. 43, Schuster Beiträge zur Hermeneutik in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 186.

13) Insbesondere pflegt man von einer Emendation des Textes zu sprechen, wenn die in demselben angebrachten Verbesserungen wissenschaftlicher Art sind, d. h. wenn aus verschiedenen Handschriften der richtige Text gewonnen wird; Savigny I S. 249 Note d.

Text eines Gesetzes aus dem Grunde geändert, um ihn zufolge der auf dem Weg der Auslegung gewonnenen Resultate präciser zu gestalten, um zur Hebung scheinbarer Widersprüche, zur Entfernung von Zweideutigkeiten, zur deutlicheren Entwicklung der gesetzlichen Anordnung oder zur richtigeren Aussprache des Gedankens des Gesetzgebers etwas in dem Text zuzusetzen, auszulassen oder zu verändern, so kann dieß nicht mehr Emendation des Textes genannt werden. Denn diese ist Sache der Kritik, und Kritik und Auslegung müssen scharf gesondert werden. Beide gehen zwar darauf hinaus Dasjenige was der Gesetzgeber wollte zu erkennen. Allein die Kritik sucht die Worte zu erkennen, welche der Gesetzgeber gebrauchen wollte, während die Auslegung den Gedanken zu erkennen sucht, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten aussprechen wollte. Die Kritik geht daher der Auslegung zuvor; sie bereitet dieser ihr Substrat vor, indem sie einen Text feststellt, welcher dann erst Gegenstand der Auslegung wird. Daher sind auch die Grundsätze für beide Thätigkeiten verschieden und insbesondere wird der Interpret von manchen Mitteln Gebrauch machen dürfen, welche der Kritiker nicht gebrauchen darf, um den Text zu emendiren [14].

II. Auslegung der Gesetze.

A. Doctrinelle Auslegung [1].

§. 13. Ist der Text eines Gesetzes auf die im vorigen Paragraph bezeichnete Weise festgestellt, so muß zur Auslegung desselben vorge-

---

14) Beide Thätigkeiten hat man früher öfters verwechselt, wozu insbesondere die ältere Bezeichnung der Kritik als grammatische Interpretation (vgl. folgenden §. Note 9) Veranlassung gab. In der ersten Lieferung seiner Beiträge zur Hermeneutik verwechselte Schuster gleichfalls jene beiden Thätigkeiten (vgl. gegen ihn auch Winiwarter I S. 74). In der zweiten Lieferung (Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 I S. 221 fg.) scheint Schuster seine Ansicht berichtigt zu haben, indem er S. 223 davon spricht, daß der Private zu seiner Belehrung und zu seiner Notiz die Lesart verändern dürfe. Allein dieß sollte man nicht Emendation des Textes nennen, um nicht zwei wesentlich verschiedene Thätigkeiten mit Einem Ausdruck zu bezeichnen und sich hierdurch einer Amphibolie der Begriffe auszusetzen.

1) Donellus Comment. jur. civil. lib. I c. XIII—XV, Thibaut Theorie der logischen Auslegung (1799 2. Aufl. 1806), System des Pandektenr. 8. Aufl. (1834) I §. 43 fg., Glück Pandektencomment. Bd I (2. Aufl. 1797) S. 205 fg., Zachariä Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts (1805) Schömann Handb. des Civilr. (1806) I S. 63 fg., Hufeland Über den eigenthümlichen

schritten werden. Denn um ein Gesetz gehörig anzuwenden, genügt es nicht bloß die festgestellten Worte desselben in mechanischer Weise im Gedächtniß zu fixiren, sondern man muß den Sinn desselben erforschen und dessen Inhalt nach allen Seiten hin entwickeln[2]. Die hierauf gerichtete Thätigkeit ist die Auslegung im engern eigentlichen Sinn. Die Auslegung im weitern uneigentlichen Sinn begreift die gesammte wissenschaftliche Entwicklung und Ausbildung des Rechts in sich. In diesem weiten Umfang gehört selbst die Analogie zur Auslegung (interpretatio)[3]; in diesem weitern Sinn ist das Wort in der Marginalrubrik zu den §§. 6 und 7 des a. b. G. B. genommen. Die Auslegung[4] im eigentlichen Sinn hat einen engern Umfang. Sie bezeichnet die Erforschung des Sinnes[5] des

---

Geist des röm. Rechts Bd I (1815) Abhandl. II S. 1—122, Kierulff Theorie I S. 18 fg., Savigny System I S. 206 fg., Wächter Handb. II S. 133 fg., Bangerow I S. 52 fg., Böcking I §. 96, Thöl Einleit. S 144 fg., Beseler System I §. 24 fg. — Von österreichischen Schriftstellern Rippel Von der Auslegung und Anwendung der Gesetze Linz 1822 (70 SS. Eine Abhandlung, welche an Schärfe Mangel, an Breite Überfluß leidet). Kostetzky Praktische Regeln zur Auslegung und Anwendung der Civil-, Criminal- und politischen Gesetze Wien 1823 (wie das Titelblatt selbst angibt „größtentheils aus den Commentaren über die österr. Gesetze selbst zusammengestellt"), Helm Kritik einiger für die Auslegung der Gesetze vorkommenden Regeln in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 253 fg. (im Ganzen genommen ein sehr tüchtiger Aufsatz). — Vgl. auch Köstlin Deutsches Strafrecht I (1855) §. 25, Krug Grundsätze der Gesetzesauslegung (1848).

2) l. 17 D. de leg. (1, 3) Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem.

3) Vgl. Wächter II §. 13 Note 2. Bei den Römern befaßte die interpretatio auch die Fortbildung des Rechts durch die wissenschaftliche Thätigkeit in sich; vgl. insbes. Savigny I §. 47 und Schilling Institut. II §. 20 Note b. — Die Fortbildung des Rechts als das Aufstellen neuer Rechtssätze muß von der Auslegung als der Entwicklung und Ausbildung der vorhandenen Rechtssätze streng geschieden werden: die Auslegung steht Jedermann, die Fortbildung nur den berechtigten Organen des Rechts, also in Österreich nur dem Gesetzgeber zu. Ein Beispiel der Fortbildung des Rechts gibt das Hofdecret v. 30. Juni 1845. Anhang Nr. 54.

4) Statt des Ausdrucks Auslegung gebraucht man hin und wieder auch den Ausdruck Erklärung, der sich auch im §. 8 a. b. G. B. findet, aber minder passend ist, vgl. Savigny I S. 216 Note c.

5) Was hier Sinn genannt wird (vgl. §. 7 a. b. G. B.), wird im §. 6 a. b. G. B. „Verstand", von Anderen „Gedanke" des Gesetzes (mens, sententia legis) genannt. — Statt des Ausdrucks „Sinn" gebraucht man auch hin und wieder den Ausdruck „Absicht" (vgl. Hufeland in der angef. Abhandl. S. 16, Savigny S. 213 Note a); dieser Ausdruck bedeutet aber so viel als ratio

Gesetzes durch Ermittlung und Berücksichtigung aller Umstände, aus denen der Wille des Gesetzgebers erschlossen werden kann, und Entwicklung des Inhalts des Gesetzes[6] nach allen seinen Richtungen und Beziehungen[7]. Die Auslegung ist somit Auseinanderlegung des Inhalts des Gesetzes, Erschließung des Innern aus dem Äußern, des Gedankens aus der Form.

A. Alle Auslegung ist logische Thätigkeit; denn jede Auslegung besteht aus einem Schlusse aus gewissen Umständen auf den Willen des Gesetzgebers. Mit Rücksicht aber auf die Umstände, aus welchen dieser Schluß gezogen wird, kann man die Auslegung passend in eine grammatische und in eine logische im engern eigentlichen Sinn eintheilen[8]. Die grammatische Auslegung sucht aus den Worten

---

legis (vgl. §. 10 A.) und man muß daher mit dem Gebrauch desselben vorsichtig sein. Im §. 6 a. b. G. B. wird dieser Ausdruck „Absicht" in der letzteren Bedeutung (= ratio legis) genommen; Nippel unterscheidet nicht gehörig beide Bedeutungen, wenn er in der abgef. Abhandl. S. 2 sich gegen die im Text gegebene Definition der Auslegung mit den Worten erklärt, „man käme mit dieser Definition nicht selten in den Fall aus der klaren Absicht des Gesetzgebers die Absicht des Gesetzgebers zu erforschen und zu bestimmen."

6) Deßhalb kann man aber doch nicht mit Thöl Einleit. §. 58 sagen „die Auslegung bringe einen neuen Rechtssatz hervor", „die Auslegung sei Rechtsquelle" u. dgl. Ebensogut könnte man sagen, die Hebamme sei Mutter des Kindes, der Finder Erzeuger des Schatzes.

7) Savigny I S. 213 definirt die Auslegung als Reconstruction des Gedankens, der dem Gesetze innewohnt. Es verdient bemerkt zu werden, daß sich diese Definition auch schon bei Schömann in der angef. Abhandl. S. 79 findet. — Nippel erklärt sich in der angef. Abhandl. S. 1. 2 gegen die Definition der Auslegung als Erforschung des Sinns des Gesetzes mit folgender merkwürdiger Motivirung: „Wer es auf sich nimmt den wahren Sinn des Gesetzes zu bestimmen, kann dieses nicht anders als durch Worte thun; und sollten wohl erst die Worte, deren sich der Ausleger bedient, den wahren Sinn und die wahre Absicht des Gesetzgebers zu offenbaren vermögen, und die Worte, deren sich der Gesetzgeber selbst bedient hat, dieses zu leisten außer Stande sein?" — Winiwarter I S. 72. 73 beschränkt in Übereinstimmung mit vielen älteren Schriftstellern (z. B. Hellfeld, jurisprud. forens. §§. 86. 87, Höpfner Institutionencomment. S. 54 u. A.) mit Unrecht den Begriff der Auslegung auf die Erforschung des Sinnes dunkler Gesetze; vgl. aber l. 4 §. 14 D. de insp. ventr. 25, 4 (Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris attamen non est negligenda interpretatio ejus) und Thibaut Log. Ausleg. §. 1, Schömann S. 75, Savigny S. 207. 348, Wächter Note 2.

8) Diese althergebrachte Eintheilung hat Savigny (§. 33 und S. 329) bekanntlich verworfen. Allein mit Recht sind die neueren Schriftsteller seither Savigny's Ansicht in diesem Punkt nicht beigetreten, vgl. Wächter Note 13,

des Gesetzes den Sinn desselben zu erschließen; für sie sind die Worte das Substrat ihrer Thätigkeit; indem sie das Gesetz nach den Worten deutet, sucht sie den Gesetzessinn aus und in dem Wortsinn. Die logische Auslegung[9] sucht aus andern Umständen den Sinn des Gesetzes zu erforschen und deutet die Worte des Gesetzes nach diesem anderswoher gefundenen Sinn[10]. Beide Arten der Auslegung verfolgen das gleiche Ziel, sie sind nur verschiedene Mittel zur Erreichung desselben Zweckes; beide sind darauf gerichtet den Sinn des Gesetzes zu erforschen, das Ziel ist gemeinsam, die Ausgangspunkte sind verschieden. Man darf daher in der grammatischen und logischen Auslegung nicht Gegensätze sehen, sondern stets zu vereinende Bestandtheile der einen und untheilbaren Thätigkeit der Auslegung[11]. In diesem Sinn ist denn auch der §. 6 a. b. G. B. zu verstehen: das Wörtchen „und" in demselben ist nicht disjunctiv, sondern conjunctiv zu nehmen[12]. Ebenso irrig ist es aber diese Eintheilung so aufzufassen, als habe die grammatische Auslegung nur die Worte, die logische Auslegung den Sinn des Gesetzes zu erforschen[13], denn auch die grammatische Auslegung sucht den Sinn zu erforschen, nur sucht sie den Gesetzessinn in dem Wortsinn. Dennoch war diese Auffassung und Charakterisirung der grammatischen Auslegung lange

---

Böcking Note 13, Thöl S. 146 Note 2, Vangerow I S. 58, Krug S. 60 fg. 103 fg, Seuffert Praktisches Pandektenr. (3. Aufl. 1852) §§. 7. 8.

9) Die logische Auslegung hat man früher auch die philosophische genannt (so z. B. Glück und der Wiener Heineccius) und verstand unter grammatischer Auslegung häufig dasjenige was wir heutzutage Kritik nennen, so z. B. Höpfner Comment. S. 52 und ihm folgend der Wiener Heineccius I S. 24.

10) Auf diese zwei Arten der Auslegung bezieht sich der §. 6 a. b. G. B. „aus den Worten" (grammat. Ausleg.) „aus der klaren Absicht des Gesetzgebers" (logische Ausleg.).

11) Vgl. insbes. Thibaut a. a. O. (auch schon Glück I S. 225) und die Note 8 angef. Schriftsteller. Die richtige Ansicht hat insbes. Schuster I S. 105 fg. sehr tüchtig begründet.

12) Minder richtig hieß es noch im westgaliz. Gesetzb. I §. 18 statt „und" „oder"; denn alle Interpretation ist nicht grammatisch oder logisch, sondern grammatisch und logisch zugleich.

13) Diesen Irrthum formulirte man früher regelmäßig dahin: die grammatische Interpretation erforsche was der Gesetzgeber gesagt habe, die logische was er habe sagen wollen; erstere suche den Wortsinn, letztere den Gesetzessinn. Aber auch die Worte sollen uns ja nur mittheilen was der Gesetzgeber hat sagen wollen, da auch sie nichts anderes als der Ausdruck des Willens sind.

Zeit gebräuchlich[14] und ist auch in den §. 7 des a. b. G. B. übergegangen, welcher in ganz unzukömmlicher Weise die Worte und den Sinn des Gesetzes einander gegenüber stellt, also eine Verschiedenheit des Zweckes angibt, während doch in der That nur eine Verschiedenheit der Mittel gemeint sein kann.

Die beiden stets zu vereinenden Bestandtheile der Auslegung stehen zu einander in folgendem Verhältniß:

I. Der Zeit nach ist die grammatische Auslegung das prius: sie muß den Anfang der Auslegung bilden[15], denn der Wille des Gesetzgebers ist in dem Gesetze ausgesprochen; die Worte bilden die Erscheinungsform, die Verkörperung des Gedankens. Der Gesetzgeber hat diese bestimmten Worte gewählt, um seinen Willen zu manifestiren, und es muß daher auch zuvörderst versucht werden, aus diesen Worten den Sinn des Gesetzes zu erschließen[16]. Die grammatische Auslegung erforscht den Sinn des Gesetzes aus dessen Worten nach den Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik. Es gelten daher für diesen Zweig der Auslegung die allgemeinen philologischen Interpretationsregeln, von denen hier folgende hervorgehoben werden sollen[17]:

1) Die Worte sind in dem Sinne zu gebrauchen, welcher zur Zeit der Erlassung des Gesetzes der gebräuchliche war[18].

2) Die Worte müssen in ihrem ganzen Zusammenhange aufgefaßt werden (§. 6 a. b. G. B.).

3) Die Worte sind in der Regel in ihrer gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen (§. 6 a. b. G. B.). Diese Regel erleidet dann eine Ausnahme, wenn aus dem Zusammenhange der Worte nachgewiesen werden könnte, daß das Wort in einer ungewöhnlichen Bedeutung gebraucht wurde (vgl. §. 655 a. b. G. B.)[19].

---

14) So z. B. bei Thibaut Log. Ausleg. §. 2 und System §. 45, Nippel in d. angef. Abh. S. 13.

15) Vgl. Hufeland in der angef. Abh. S. 82 fg., Wächter II §. 134.

16) l. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10) — nam quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis?

17) Zahlreiche Regeln hierüber finden sich bei Averanius Interpretat. jur. Rom. III §. 20 sq., bei Schweppe I §. 13. 13 a und Mühlenbruch I §. 60.

18) So hat z. B. das Wort „Vormerkung" im westgaliz. Gesetzb. eine andere technische Bedeutung als im Gesetzb. v. Jahr 1811. Vgl. über diese Regel Helm in der angef. Abh. §. II.

19) Vgl. Helm in der angef. Abh. §. I. So z. B. wird das Wort „unter-

4) Im Zweifel[20] ist jene Bedeutung eines Wortes anzunehmen, welche dem juristisch-technischen, dem gesetzlichen Sprachgebrauche entspricht, also nicht jene, welche mit dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen alltäglichen Verkehrs übereinstimmt.

5) Die Worte sind im Zweifel in ihrer vollen Allgemeinheit zu nehmen[21]. Es darf also im Zweifel nicht eine Distinction gemacht werden, welche der Gesetzgeber selbst nicht gemacht hat (Lege non distinguente nec nostrum est distinguere).

6) Der Ausleger muß annehmen, daß der Gesetzgeber die Worte mit voller Überlegung und Absicht gebraucht habe. Daraus folgt insbesondere die Interpretationsregel, daß Gesetze so ausgelegt werden müssen, daß sie nichts Überflüssiges enthalten[22].

7) Sind die Worte, welche der Gesetzgeber gebraucht hat, mehrdeutig und unbestimmt, oder ist die ganze Satzbildung eine unklare oder mehrsinnige, so kann unter Umständen die grammatische Interpretation zu einem bestimmten Resultate führen, dann nemlich wenn aus dem Zusammenhang der Worte und aus der übrigen Rede sich ein bestimmter Sinn des vieldeutigen Wortes oder der mehrsinnigen Rede ergibt[23]. Läßt sich aber aus diesen Umständen die Bedeutung,

---

schreiben" in dem ersten Satz des §. 579 a. b. G. B. in der gewöhnlichen, im letzten Satz in einer ganz ungewöhnlichen Bedeutung genommen, wie sich dieß aus dem Zusammenhang der Worte also mit Hilfe der grammatischen Auslegung ergibt. (Übrigens ergibt sich dasselbe Resultat auch auf dem Weg der logischen Interpretation mit Berücksichtigung des historischen Elements; vgl. G. L. Böhmer de testamento signato et subscripto in involucro in Elect. jur. civ. Tom. I und Seuffert Prakt. Pandektenr. §. 525.)

20) d. h. dafern sich nicht aus den Grundsätzen der logischen Interpretation etwas Anderes ergibt, da, wie sub III gezeigt werden wird, diese das Correctiv der grammatischen Auslegung ist.

21) Daher ist der männliche Ausgang eines Wortes in der Regel auch auf das weibliche Geschlecht zu beziehen (l. 1 l. 52 D. de V. S.), nicht aber umgekehrt (l. 45 pr. D. de leg. II). Bedient sich jedoch das Gesetz eines besonderen männlichen Ausdrucks, der den Gegensatz zum weiblichen ausdrückt (z. B. Vater im §. 150 b. a. b. G. B., Bruder, Sohn), so könnte nur durch ausdehnende Auslegung das weibliche Geschlecht darunter befaßt werden; vgl. Wächter Note 17.

22) Aber auch diese Interpretationsregel muß cum grano salis angewendet werden, vgl. Helm in der angef. Abh. §. III.

23) Vgl. Schilling Instit. II §. 20 a. E. So z. B. wird im §. 1008 a. b. G. B. aus dem Zusammenhang der Rede von selbst klar, daß das Wort „veräußern" im engern Sinn, wo es so viel bedeutet als ins Eigenthum übertragen, zu nehmen ist.

in welcher das Wort oder der ganze Satz zu nehmen iſt, gar nicht oder nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, ſo reicht man mit der grammatiſchen Auslegung nicht mehr aus, ſie ſelbſt drängt über ſich hinaus zu einer andern der Geltung nach höheren Interpretation, zur logiſchen Auslegung [24].

II. Die logiſche Auslegung ſucht den Sinn des Geſetzes nicht aus den Worten desſelben, ſondern aus andern zu Gebote ſtehenden Mitteln zu erforſchen [25]. Ihre Thätigkeit iſt darauf gerichtet den Willen, die ſpecielle Abſicht des Geſetzgebers in Anſehung des einzelnen zu interpretirenden Geſetzes aus andern Umſtänden zu erkennen. Die Mittel, welche ihr zu Gebote ſtehen, ſind mannigfacher Art [26]: Berückſichtigung des legislativ-politiſchen Grundes (ratio legis im engern Sinn) aus welchem der Geſetzgeber ſein Geſetz gab; Berückſichtigung des Rechtsgrundes (ratis juris) inſofern aus ihm Schlüſſe auf die Abſicht des Geſetzgebers gezogen werden können [27]; Berückſichtigung der geſchichtlichen Veranlaſſung des Geſetzes, des äußern Anſtoßes zu demſelben (occasio legis); Berückſichtigung des ganzen Zuſammenhanges der Geſetze, der anderweitigen Äußerungen des Geſetzgebers über denſelben Gegenſtand (ſ. g. ſyſtematiſches Element der Auslegung); Berückſichtigung des geſchichtlichen Ganges, welchen das betreffende Rechtsinſtitut oder der fragliche Rechtsſatz nahm (ſ. g. hiſtoriſches Element der Auslegung). Auch andere Geſetzgebungen, welche benützt wurden, ſo wie Verhandlungen, welche dem Geſetze vorhergingen, Motive, Berichte, Mittheilungen von Seite der mit der Abfaſſung des Geſetzes Beauftragten u. ſ. w. können mit Erfolg benützt werden, um die Gedankenrichtung des Geſetzgebers kennen zu lernen, und zu ermitteln was der Geſetzgeber mit ſeinem Geſetze ſagen wollte [28]. Für die Auslegung moderner Geſetzbücher und ſpeciell

---

24) So z. B. kann auf dem Weg der grammatiſchen Interpretation nicht mit Sicherheit ermittelt werden, worauf der Schlußſatz des §. 1008 ſich zu beziehen habe. Ein ähnliches Beiſpiel aus dem röm. Recht bieten die Endworte der l. 2 D. de div. temp. praescr. (44, 3).

25) Vgl. insbeſ. Vangerow I S. 58.

26) Vgl. Savigny I S. 223 fg., Wächter II S. 485, Thöl Einl. §. 60.

27) Vgl. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilr. (1829) Nr. VII.

28) Darum hat Zeiller's Commentar eine bleibende Bedeutung. — Bei dem übertriebenen Gewicht, welches man in neueſter Zeit in Öſterreich auf die Veröffentlichung von Motivenberichten, auf Commentare aus der Feder ſolcher Männer zu

des österreichischen Gesetzbuchs ist aber ganz insbesondere auf die Theorie des gemeinen Rechtes Rücksicht zu nehmen, wie sie zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuches bestand. Bei vielen Lehren ist es nemlich unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber sich die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte. Er spricht aber im Bestreben sich kurz und präcis zu fassen das Resultat der Aneignung in wenigen oft nicht ganz zutreffenden Sätzen aus, oder er greift nur den ursprünglichen Ausgangspunkt und Keim eines Rechtsinstituts heraus, ohne damit und deßhalb die ganze weitere Ausbildung desselben, wie sie im gemeinen Rechte stattgefunden hat, ausschließen zu wollen. Auf diese Art kann es sich denn leicht ereignen, daß man mit Rücksicht auf jene Aneignung auf dem Weg der reinen ausdehnenden oder einschränkenden Auslegung zu Resultaten gelangt, wie sie sonst nur die Interpretation im Sinne einer wahren Fortbildung des Rechtes liefern dürfte[29].

---

legen beginnt, welche „Mitwirker", „Zustandebringer" u. dgl. eines neuen Gesetzes waren, mag es passend erscheinen die treffende Bemerkung Thöl's (Einleit. S. 150) mit dessen eigenen Worten wiederzugeben: „Die Benutzung der Motive u. s. w. zur Auslegung des Gesetzes geschieht fast durchweg auf verkehrte Weise, die im Wesentlichen darauf hinausläuft, daß man die gesetzgebende Gewalt, deren Wille in dem Wort des Gesetzes publicirt wird, mit den einzelnen Verfassern des Gesetzes, welchen die Motive angehören, identificirt. Man übersieht, daß das Gesetz durch die Publication sich vom Gesetzgeber losreißt und nunmehr durch den systematischen Zusammenhang, in welchem seine einzelnen Rechtssätze zu einander und zu dem bereits geltenden Recht aufzufassen sind, so selbständig als der publicirte Wille der gesetzgebenden Gewalt heraustritt, daß der Wille und die Einsicht der eigentlichen Verfasser des Gesetzes gleichgültig wird. Auf dieser Selbständigkeit beruht es, daß das Gesetz umsichtiger sein kann als der oder die Gesetzgeber."

29) Zwei Beispiele mögen dieß erläutern. Das österr. Gesetzb. stellt im §. 366 in einem kurzen Schlußsatz die Regel auf, daß jener mit der Eigenthumsklage auftretende Kläger mit einer Einrede ausgeschlossen werden kann, „welcher eine Sache zur Zeit da er noch nicht Eigenthümer war in seinem eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat." Offenbar wollte sich der Gesetzgeber mit diesem Satz die ganze gemeinrechtliche Lehre von der exceptio rei venditae et traditae aneignen. Allein diese exceptio hat im gemeinen Recht einen viel weiteren Umfang erhalten, als jener, welchen die im §. 366 gebrauchten Worte angeben, die auch im röm. Recht nur den Ausgangspunkt für diese Lehre boten. Der §. 366 gibt nur den einen Hauptfall an, in welchem jene exceptio gebraucht werden kann (Veräußerung durch den Nichteigenthümer), während nach gemeinem Recht die exceptio noch in andern Fällen (Veräußerung durch den wirklichen Eigenthümer in gewissen Fällen vgl. vorläufig Bangerow I S. 749. 750) gebraucht werden kann. Es ist nun wohl nicht zu bezweifeln, daß der Gesetzgeber im §. 366 durch die Hervorhebung des einen Falls die übrigen Fälle nicht ausschließen,

III. Was nun das Verhältniß der logischen zur grammatischen Auslegung betrifft, so ist es 1) vor Allem klar, daß die logische Auslegung nicht bloß zur Aushilfe und Ergänzung der grammatischen Auslegung dient, daß sie also nicht etwa bloß dann einzutreten hat, wenn die grammatische Auslegung keinen klaren Sinn gibt[30]. Denn gerade die Beantwortung der Frage, ob die Worte einen klaren Sinn d. h. ob sie eben jenen Sinn geben, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetze verband, ob man also bei dem Wortsinn stehen bleiben darf oder über ihn hinausgehen muß, ist die Sache der logischen Interpretation[31]. Schon hier wird es deutlich, daß die logische Interpretation das Correctiv der grammatischen Auslegung bilde, daß sie der Bedeutung und dem Werthe nach

---

sondern mit dem Hauptfall sich die ganze gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte. Es wird demnach für das österr. Recht auf dem Weg der ausdehnenden Auslegung dasselbe Resultat erreicht werden, welches im gemeinen Recht ursprünglich auf dem Weg der Fortbildung gewonnen worden ist. — Der §. 1333 a. b. G. B. lehrt ganz allgemein, daß der Schuldner, welcher die bedungene Zahlung verzögert, Verzugszinsen zahlen müsse. Dieser allgemeinen Fassung zufolge wurde auch Derjenige, welcher einem Andern schenkungsweise eine Summe Geldes versprochen hat, wenn er in Verzug geräth, Verzugszinsen zahlen müssen. Nach gemeinem Recht haftet ein solcher Schuldner aus Rücksichten der aequitas nicht für die Verzugszinsen (l. 16 pr. D. de usur. 22, 1. l. 22 D. de donat. 39, 5: Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est — vgl. Madai Die Lehre von der Mora S. 376 fg., Mommsen Beiträge zum Obligationenr. III S. 241 fg.). Es kann nun wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß auch für unser österr. Recht die gleiche Ausnahme gelten müsse, da der Gesetzgeber nur in sehr wenigen und dürftigen Paragraphen (§. 1333—1335) Grundsätze über die Mora aufstellt und mit und in ihnen sich wohl die ganze gemeinrechtliche Theorie vom Verzug, daher auch jene Ausnahmsbestimmung aneignen wollte. — Freilich kann es oft sehr zweifelhaft werden, ob mit der allgemeinen Fassung eines Paragraphen die bisher nach gemeinem Recht geltenden Ausnahmen aufgehoben werden wollten oder nicht, und ob die beschränktere Ausdrucksweise aus der bestimmten Absicht hervorgegangen ist, die weitere Ausbildung eines Rechtssatzes im gemeinen Recht zu negiren oder nicht. Dieß ist es eben was bei den modernen Gesetzbüchern die Aufgabe des Juristen so schwer macht, eine Schwierigkeit, welche in Ansehung des österr. Gesetzb. um so größer wird, da dieses von dem sonst ganz lobenswerthen Grundsatz ausgegangen ist, sich auf die mindest mögliche Zahl von Paragraphen zu beschränken.

30) Diese Ansicht wurde früher vielfach aufgestellt, so z. B. noch von Schilling Institut. II S. 73; s. dagegen Savigny S. 207, Wächter Note 28.

31) Sehr richtig sagt Schuster I S. 110: „Die logische Auslegung prüft die grammatische; sie untersucht, ob vermöge der Absicht des Gesetzgebers in dem Gesetz der nemliche oder mehr oder weniger Sinn liege als sich aus der grammatischen Erklärung ergeben hat.“ Übereinstimmend Winiwarter I S. 77.

höher stehe als diese. Lehrt nun die logische Auslegung, daß der Gedanke des Gesetzgebers, der Sinn desselben, wirklich vollkommen durch die Worte ausgesprochen werde[32], daß also die Form dem Inhalte congruent sei, daß sich Sinn und Wort decken, so hat bei dieser Übereinstimmung der logischen und grammatischen Auslegung die in Rede stehende Frage keine weitere Schwierigkeit.

2) Wichtiger und schwieriger ist die Frage über das Verhältniß beider Interpretationsarten, wenn das Resultat der logischen Auslegung mit jenem der grammatischen nicht übereinstimmt, wenn sich also auf dem ersteren Weg ein anderer Sinn des Gesetzes ergibt als auf dem letzteren Wege. Welches Resultat hat in diesem Falle den Vorzug? Viele ältere gemeinrechtliche[33] und auch manche österreichische[34] Schriftsteller sind der Ansicht, daß die logische Interpretation nie über den Wortverstand des Gesetzes hinaus gehen dürfe, d. h. daß letzterem somit der grammatischen Auslegung stets der Vorzug gebühre. Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich sicher die Unhaltbarkeit dieser Ansicht und die Richtigkeit der entgegengesetzten[35].

---

32) Die zu diesem Resultat führende logische Auslegung pflegt man auch die declarative zu nennen; doch wird dieser Ausdruck auch noch in einer andern Bedeutung gebraucht, s. Note 56.

33) So insbesond. Schömann, der in der angef. Abhandl. zu dem Resultat kommt, daß der Wortverstand stets und unbedingt den Vorzug haben müsse und der daher die Eintheilung der Auslegung in ausdehnende und einschränkende gänzlich verwirft. Merkwürdig ist die willkürliche Art und Weise wie Schömann über die klarsten Stellen des röm. Rechts, welche das Gegentheil aussprechen (vgl. Note 36) hinauszukommen sucht. Und gerade auf ihn beruft sich Zeiller (Note 34) I S. 60 in der Note mit den Worten: „daß man aber selbst bei Anwendung des röm. Rechts sich keine ausdehnende oder einschränkende Auslegung erlauben soll und daß die Stellen des justin. Gesetzbuchs, welche dieselbe zu begünstigen scheinen, mißverstanden werden, zeigt Schömann.“(!) — Der gleichen Ansicht sind Hufeland S. 82 fg., welcher aber inconsequenter Weise eine einschränkende Auslegung zuläßt, und Wening-Ingenheim Civilrecht I §. 40.

34) Zeiller I S. 58 fg., Nippel in der angef. Abh. §§. 20. 26 (vgl. Note 7) und selbst Helm in der angef. Abhandl. §. VI. Diese in Note 33 und 34 angef. Schriftsteller verstehen unter ausdehnender und einschränkender Auslegung jene, welche später (Nr. 3) als enge und weite Auslegung bezeichnet werden wird.

35) Die im Text verflochtene Ansicht wird heutzutage allgemein getheilt sowohl von außerösterr. Schriftstellern (Mühlenbruch §. 58, Kierulff S. 28 fg., Wächter II S. 138 fg., Bangerow I S. 60 fg., Savigny I §. 37; ebenso schon Thibaut Log. Ausleg. §. 7, Fritz Erläuterungen zu Wening I S. 28 fg., Schweppe I §. 15, Schilling Instit. II §. 20) als von österreichischen, so z. B. Schuster, Winiwarter, Stubenrauch und Helfert.

Die Worte sind nur ein Mittel um den Willen des Gesetzgebers auszusprechen; ergibt sich aus andern Umständen mit Sicherheit, daß der Wille des Gesetzgebers ein anderer sei als der sich aus den Worten ergebende, so liegt eben in dem vom Gesetzgeber gebrauchten Mittel der Fehler und es muß dieses dem Zweck, nicht aber dieser jenem geopfert werden[36]. Es muß daher der auf dem Wege der logischen Interpretation sich ergebende wahre Sinn festgehalten werden, sollte er auch von dem Wortsinn abweichen (s. g. ändernde Auslegung)[37]. Diese Unrichtigkeit des Ausdrucks kann eine qualitative oder eine quantitative sein. Es kann sich nemlich ergeben, daß der Gesetzgeber etwas ganz anderes sagen wollte als er wirklich gesagt hat, oder daß er mehr oder weniger gesagt hat als er wirklich sagen wollte. In allen diesen Fällen muß die logische Auslegung der grammatischen vorgezogen werden und man kann die logische Interpretation hiernach in die abändernde im engern Sinn (interpretatio abrogans)[38] in die ausdehnende und einschränkende eintheilen. Immer aber ist wohl festzuhalten, daß diese Änderung sich nur auf die Worte, nicht auf den wahren Sinn des Gesetzes bezieht. Eine Änderung der Worte um den Gedanken zu ändern wäre keine Auslegung mehr,

---

36) l. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10) — prior atque potentior est quam vox mens dicentis. l. 19 D. ad exhib. (10, 4). l. 43 §. 2 D. de excus. (27, 1) — sed etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult. l. 15 §. 3 D. de leg. Corn. de fals. (48, 10) — sententiam magis sequendam esse quam scripturam.

37) Nur muß das abweichende Resultat der logischen Auslegung auf sicherem Weg gewonnen sein und feste Begründung haben. Wegen eines bloß möglicherweise anderweitigen Sinnes darf daher von dem klaren Wortsinn nicht abgewichen werden. l. 25 §. 1 De de leg. III. Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio. l. 1 §. 20 D. de exerc. act. (14, 1) In re dubia melius est verbis edicti servire (vgl. Mühlenbruch I §. 58). Darauf bezieht sich der Ausdruck „klare Absicht" im §. 6 a. b. G. B.

38) Die Annahme einer solchen abrogirenden Interpretation wird zwar von Bangerow selbst noch in der neuesten Aufl. s. Pandekt. I S. 60. 61 verworfen und statt dessen gelehrt „die logische Interpretation dürfe nie ein von dem möglichen Wortsinn ganz verschiedenes Resultat aufstellen, wenn sie juristisch beachtet werden soll." Wie unrichtig und sich selbst widersprechend diese Behauptung Bangerow's sei, hat schon Wächter Note 25 überzeugend dargethan. Gegen Bangerow und die ihm seither gefolgt sind vgl. auch Köstlin I S. 58. — Ein Beispiel einer solchen abrogirenden Interpretation gibt für das österr. Recht die Bestimmung des §. 1297 a. b. G. B., welcher von der culpa lata spricht, während in der That die culpa levis gemeint ist, vgl. hierüber später in der Lehre von den unerlaubten Handlungen.

keine Wiedergabe dessen was der Gesetzgeber sagen wollte, sondern eine Correction desselben, eine Aussprache dessen was der Gesetzgeber nach der Überzeugung des Interpreten hätte sagen sollen. Hält man diese Unterscheidung fest, so ergeben sich für die ändernde Auslegung im weitern Sinn folgende Regeln von selbst:

a) Die ändernde Auslegung im weitern Sinn findet auch dann statt, wenn die Worte des Gesetzes ganz klar und unzweideutig sind und für sich selbst einen recht guten Sinn geben[39].

b) Die ausdehnende Auslegung[40] findet auch bei singulären Rechten so wie bei Privilegien statt, da sie nur in der Geltendmachung dessen besteht was der Gesetzgeber wirklich sagen wollte[41]. Der früher so häufig gelehrte Satz „Ausnahmen sind streng d. h. niemals ausdehnend auszulegen" ist durch und durch falsch und beruht auf einer Verwechslung der ausdehnenden Auslegung mit der Analogie[42].

c) Die einschränkende Auslegung[43] findet hauptsächlich dann statt wenn α) eine allgemein gefaßte Gesetzesstelle ohne Einschränkung genommen einer andern Gesetzesstelle widersprechen würde; also insbesondere dann wenn eine Rechtsregel generalisirend aufgestellt wird[44]; β) wenn das Gesetz ohne Einschränkung einen inneren Widerspruch enthält (s. g. argumentum ad absurdum)[45]; γ) zufolge

39) Savigny I S. 340 fg.

40) Über die ausdehnende Auslegung vgl. Donellus Comm. jur. civ. lib. I c. 14. — Auf der ausdehnenden Auslegung beruht das Verbot gewisser Handlungen, welche in fraudem legis vorgenommen wurden (vgl. oben §. 9) l. 29 D. de leg. (1, 3) l. 5 C. eod. tit. (1, 14). Wenn Savigny I S. 324. 325 sich gegen diese Auffassung erklärt hat, so beruht dieß auf der schon von Thöl S. 460 Note 4 hervorgehobenen irrigen Unterstellung einer andern Kategorie von Handlungen, welche gleichfalls in fraudem legis vorgenommen werden; vgl. oben §. 9.

41) l. 3 D. de constit princ. (1, 4). Dieß wird heutzutage auch allgemein anerkannt; vgl. Bangerow I S. 62, Wächter Note 42. Die ältere unrichtige Ansicht findet sich nunmehr wieder bei Heimbach im R. L. VIII S. 499.

42) Dieß wird geistreich ausgeführt in dem Aufsatz von Helfert „Sind Ausnahmen streng auszulegen?" in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1847 I S. 98—112.

43) Vgl. insbes. Donellus l. c. cap. 13.

44) So z. B. §. 442 in Verbindung mit §. 367; §. 1460 in Verbindung mit §. 1477 u. dgl.

45) So muß z. B. die allgemeine Vorschrift des §. 336 resp. des §. 1036 mit Bezugnahme auf §. 334 eingeschränkt werden. Dagegen ist schon durch die Fassung des §. 1036 eine einschränkende Auslegung, wie sie in l. 22 D de reg. gest. (3, 5) findet, überflüssig gemacht.

des Grundsatzes, daß wenn ein Rechtssatz zu Gunsten gewisser Personen angeführt ist, eine Verkehrung desselben zum Nachtheil dieser Personen durch einschränkende Auslegung des zu allgemeinen Ausdrucks vermieden werden muß[46]; δ) im Zweifel (denn vgl. lit. b) sind correctorische Gesetze und singuläre Rechte und Privilegien so auszulegen, daß sie am wenigsten von dem bestehenden Rechte abweichen[47].

d) Für die ändernde Auslegung sind alle die sub II angegebenen Momente von Belang. Insbesondere aber ist es das systematische und dogmengeschichtliche Element so wie die Berücksichtigung der ratio legis und ratio juris, welche hierbei von besonderer Bedeutung sind. Mit Hilfe des systematischen Elements der Auslegung wird man unter Berücksichtigung des inneren organischen Zusammenhangs alles Rechts dahin gelangen, manche Gesetzesstelle auszudehnen, manche einzuschränken, manche ganz und gar zu ändern[48]. Das dogmengeschichtliche Element wird dahin führen, so manchen Rechtssatz weiter oder enger oder anders zu verstehen, als er in der That gefaßt ist. Die ratio juris[49] insbesondere aber die ratio legis[50] wird unter man-

46) l. 25 D. de leg. (1, 3) Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum inducuntur ea nos duriori interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. l. 6 C. de leg. (1, 14). Obwohl daher z. B. §. 248 a. b. G. B. ganz allgemein bestimmt, daß ein Minderjähriger ohne Zuziehung seines Vormundes vor Gericht als Partei nicht auftreten könne, wird dennoch das Verfahren giltig bleiben, wenn der Mündel ohne Zuziehung des Vormunds Proceß geführt und ihn gewonnen hat (l. 2 C. qui legit. pers. 3, 6 und l. 14 C. de proc. 2, 13). — Überhaupt beruht auf diesem Grundsatz ein Theil der s. g. relativen Nullitäten.

47) l. 191 D. de R. J. l. 35 C. de inoff. testam. (3, 28) vgl. Thibaut Log. Ausleg. S. 54, Bangerow I S. 95 lit. lib.

48) Ein Beispiel für letzteres s. in Note 38 a. E.

49) Ein Beispiel einer Einschränkung aus der ratio juris bietet der §. 1437 a. b. G. B. Dieser Paragraph bestimmt ganz allgemein, daß der Empfänger einer Nichtschuld je nach seiner fides als redlicher oder unredlicher Besitzer zu behandeln sei. Würde dieser Satz ohne Einschränkung genommen, so würde der redliche Empfänger einer Nichtschuld nur zur Herausgabe der Hauptsache nicht auch der Früchte verhalten werden können (§. 330 a. b. G. B.). Die ratio juris wird hier aber zu der einschränkenden Auslegung des §. 1437 führen, daß er auch die vorhandenen und aufgezehrten Früchte soweit er zur Zeit der Klage noch als bereichert erscheint herausgeben müsse, da er auch diese sine causa besitzt und die condictio indebiti (§. 1434 fg.) auf dem Princip beruht, daß was Jemand sine causa erlangt hat, er auch wieder herausgeben müsse (l. 15 §. 1 l. 65 §. 5 D. de cond. ind. 12, 6); vgl. Glück XIII. S. 165 fg. und besonders Errleben Die condictio indebiti (1850) S. 195. 201.

50) Ein Beispiel für die Einschränkung des Gesetzes aus der ratio legis bietet

chen Umständen zu ähnlichen Resultaten führen. In so fern sind die Sätze ubi eadem ratio legis ibi eadem legis dispositio, cessante ratione legis cessat lex ipsa ganz richtig[51]. Diese beiden Sätze dürfen aber nur dort angewendet werden, wo es feststeht, daß der Gesetzgeber wirklich weiter oder nicht so weit gehen wollte als er sich ausgedrückt hat. Sie dürfen also nicht dazu verwendet werden, um aus eigener Ansicht den Gedanken des Gesetzes zu berichtigen und zu ändern[52]. Insbesondere dann, wenn es der Gesetzgeber für nöthig findet im Durchschnitt und ganz allgemein durchgreifende Verfügungen zu treffen, darf man unter Berufung auf ein Hinwegfallen des Grundes im concreten Falle die Anwendung des Gesetzes nicht ausschließen[53].

3) Einfacher und unbestritten ist das Verhältniß der logischen und

---

der §. 338 a. b. G. B. Dieser Paragraph sagt anfangs ganz allgemein, der redliche Besitzer hafte nach Zustellung der Klage gleich einem unredlichen Besitzer, schränkt aber diese Bestimmung selbst später dahin ein, daß der b. f. possessor für den Zufall nicht hafte, er hätte denn die Rückgabe der Sache durch muthwilligen Rechtsstreit verzögert (l. 40 pr. D. de H. P. 5, 3). Die ratio legis besteht in der Erwägung nec enim debet possessor propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere (l. 40 cit.). Es entsteht nun die Frage, ob der redliche Besitzer nach Zustellung der Klage die Früchte restituiren müsse, welche der Kläger nach seiner individuellen Beschaffenheit hätte ziehen können, so wie dieß der unredliche Besitzer thun muß (§. 335 a. b. G. B.), oder nur für jene Früchte, welche er selbst nach seinen Verhältnissen hätte ziehen können? Ohne Zweifel trifft hier die gleiche ratio legis zu; auch hier wäre es durum den redlichen Besitzer gleich dem unredlichen zu behandeln, da er auch hierdurch indirect genöthigt würde jus suum indefensum relinquere (cf. l. 2 C. de fruct. 7, 51). Indem unsere Schriftsteller (vgl. z. B. zuletzt noch Stubenrauch I S. 676 und Note **) die entgegengesetzte Entscheidung treffen und den redlichen Besitzer nach Zustellung der Klage für die Früchte haften lassen, welche der Kläger hätte ziehen können, verstoßen sie gegen die Grundsätze der logischen Interpretation.

51) Es wird von nahezu allen österr. Schriftstellern behauptet, daß von diesen Regeln gar kein Gebrauch gemacht werden dürfe. Allein mit der in Text gegebenen Unterscheidung ist gegen den Gebrauch dieser Regeln nichts einzuwenden.

52) Die irrige Anwendung jener beiden Regeln zur Correction der Gesetze hat wohl insbesondere dazu beigetragen alle ausdehnende und einschränkende Auslegung zu verwerfen; die Furcht vor Mißbrauch hat den Gebrauch verpönt.

53) l. 8 D. de leg. (1, 3) Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur. l. 3—6 eod. Wenn daher z. B. ein Unmündiger vor zurückgelegtem 14. Jahre jene Reife bereits erlangt haben sollte, welche das Gesetz für die Mündigkeit voraussetzt, so wird jener dennoch als Unmündiger so lange behandelt, bis er das 14. Jahr zurückgelegt hat. Vgl. Schilling II §. 21 Noten, Wächter S. 142; vgl. auch Weber Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 64 und Helm in der angef. Abhandl. §. VI.

grammatischen Auslegung in jenen Fällen, in welchen der Ausdruck oder die Construction unbestimmt oder mehrdeutig ist und sich mit Hilfe der germanischen Interpretation ein sicheres Resultat nicht gewinnen läßt[54]. In diesem Falle ist mit Hilfe der logischen Auslegung aus den verschiedenen Bedeutungen, welche das Wort oder der ganze Satz haben kann, jene aufzufinden, welche dem wahren Willen des Gesetzgebers angemessen ist[55]. Diese Auslegung zur Entfernung einer Zweideutigkeit oder Unbestimmtheit pflegt man declarative Auslegung zu nennen[56]. Werden hierbei mehrdeutige Worte in der engern Bedeutung genommen, so heißt diese Auslegung insbesondere enge stricte Auslegung (interpretatio stricta); werden sie im weiteren Sinn genommen, weite Auslegung (interpretatio lata)[57]. Auch hier dienen zur Erforschung des Willens des Gesetzgebers also des Sinnes des Gesetzes die oben angegebenen Mittel; insbesondere aber ist es das systematische Element und die ratio legis und juris, welche hier mit Erfolg angewendet werden können[58]. Im Einzelnen gelten folgende Regeln:

a) Es hat der Ausleger die gewöhnliche oder vom Gesetz festgesetzte Bedeutung[59] im Zweifel[60] anzunehmen.

---

54) Vgl. Donellus lib. I c. 15, Savigny I §. 36.

55) l. 3 D. de reb. dub. (34, 5) In ambiguo sermone non utrumque dicimus sed id duntaxat quod volumus.

56) Savigny S. 227 Note d, Thibaut System §. 48. Hier wird also der Ausdruck declarativ in einem andern Sinn genommen, als in Note 32, wo er gebraucht wird um zu bedeuten, daß der Ausdruck richtig sei.

57) Manche gemeinrechtliche und österreich. Schriftsteller z. B. Nippel, Helm u. A. (vgl. Note 34) gebrauchen für diese Auslegung die Bezeichnung „ausdehnend" und „einschränkend". Diese Bezeichnung ist aber ganz verwerflich, da sie einerseits auf der unbegründeten Verwerfung der wahrhaft ausdehnenden und einschränkenden Auslegung beruht, andrerseits auch sprachlich unrichtig ist, da man in dem fraglichen Fall sich stets innerhalb der möglichen Wortbedeutungen hält und somit von Ausdehnung oder Einschränkung keine Rede sein kann; vgl. Wächter Note 36.

58) Selbst dann, wenn der Gesetzgeber vorgeschrieben hätte, daß sein Gesetz buchstäblich zu interpretiren sei, ist hiermit nicht ausgeschlossen, daß das Wort in seiner weiteren Bedeutung zu nehmen sei, sondern es ist nur die ausdehnende (und einschränkende) Auslegung hiermit ausgeschlossen; Wächter II S. 59 Note 12.

59) So z. B. den Ausdruck „Eltern und Kinder" in der Bedeutung, welche §. 42 a. b. G. B. angibt, den Ausdruck „eheliche Verbindung" im §. 1495 a. b. G. B. in der Bedeutung, welche §. 93 a. b. G. B. angibt u. dgl.

60) Denn steht nach andern Interpretationsgrundsätzen das Gegentheil fest,

b) Auch bei singulären und Correctivgesetzen so wie bei Privilegien sind die Worte in der weiteren Bedeutung zu nehmen, wenn diese Bedeutung sich nach den Regeln der Interpretation mit Nothwendigkeit ergibt[61], und auch in dieser Beziehung ist der oft gelehrte Satz, daß Ausnahmen stets streng zu interpretiren seien, falsch[62].

c) Bei der Auslegung zweideutiger oder unbestimmter Ausdrücke ist im Zweifel jene Bedeutung zu wählen, wodurch der auszulegende Rechtssatz am wenigsten von dem regelmäßigen Rechte abweicht. Daher sind bei singulären Rechten und Privilegien die Worte in der engeren Bedeutung zu nehmen[63], wodurch am wenigsten von dem gemeinen Rechte abgewichen wird, wenn es nicht etwa schon nach den andern Grundsätzen der Auslegung sicher steht, daß der Gesetzgeber das Wort in der weiteren Bedeutung gebraucht habe (lit. b).

d) Im Zweifel ist jene Bedeutung zu wählen, welche der Natur der Sache und dem vorliegenden Zweck am angemessensten ist[64].

e) Von mehreren Erklärungen ist jene nachzusetzen, welche auf

---

so muß natürlich dieß gelten. So wird z. B. der Ausdruck „Eltern" im §. 166 a. b. G. B. nicht in dem weiteren Sinn den §. 42 a. b. G. B. angibt, sondern nur von dem unehelichen Vater oder der unehelichen Mutter zu verstehen sein, da sich dieß unter Berücksichtigung des systematischen Elements (vgl. §. 167 fg. und insbes. §. 754 a. b. G. B.) mit Nothwendigkeit ergibt.

61) So ist z. B. der Ausdruck „Gläubiger" im §. 953 a. b. G. B. im weiteren Sinn zu nehmen; ebenso führt die ratio legis dahin im §. 1495 a. b. G. B. das Wort „Vormund" im weitern Sinn zu nehmen, in welchem es sowohl den Tutor als den Curator bezeichnet.

62) Dieß wird näher ausgeführt von Helm a. a. O. S. 290 fg.

63) cf. l. 35 C. de inoff. testam. (3, 28) l. 194 D. de R. J., l. 12 D. de muner. et honor. (50, 4), vgl. Thibaut Log. Ausleg. S. 54 fg., Wächter Note 42. Was Privilegien anbetrifft, so hat man zwar früher häufig behauptet sie seien stets im weitesten Sinn zu nehmen (so selbst Donellus c. XV §. 10 und ebenso Thibaut Log. Ausleg. S. 54 fg., System §. 53) und sich dafür auf l. 3 D. de constit. princ. (1, 4) berufen. Allein daß diese Stelle mißverstanden wurde und daß auch in Ansehung der Privilegien im Zweifel die Worte in der engeren Bedeutung zu nehmen seien, darüber vgl. Schlayer in der Zeitschr. f. Civilr. XII S. 76 fg., Bangerow I S. 59 lit. bb, Mühlenbruch I §. 82 Note 2. 7. Würde also z. B. der Gesetzgeber Jemanden in Österreich „für sich und seine Kinder" ein Privilegium ertheilen, so würden dennoch unter „Kindern" im Zweifel nur die ersten Descendenten zu verstehen sein, vgl. unten §. 65 Note 42.

64) l. 67 D. de R. J. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. Über diese Regel vgl. Helm a. a. O. S. 288 fg. Ein eclatantes Beispiel bietet §. 1225 in Verbindung mit §. 1218 a. b. G. B.

ein leeres Resultat führt, jene vorzuziehen, welche „von Wirkung ist“ (arg. §. 655 a. b. G. B.)[65].

f) Im Zweifel ist dem milderen Resultat der Vorzug vor dem strengeren zu geben[66].

B. Das Geschäft des Auslegers ist aber damit nicht beendet daß er in der angegebenen Weise den Sinn des Gesetzes erforscht und erkennt. Seine Aufgabe besteht weiter darin, den Sinn des Gesetzes nach allen Richtungen und Beziehungen hin zu entwickeln. Er muß den Umfang und die Tragweite jedes Gesetzes erforschen, bestimmen in welchem Verhältnisse die einzelnen Gesetze zu einander stehen, welches als Regel, welches als Ausnahme anzusehen sei und überhaupt auf der gegebenen Grundlage weiter bauen und alles im Gesetze Enthaltene zu Tage fördern. Zu diesem Ende wird er insbesondere aus den in einem Gesetze aufgestellten allgemeinen Rechtsgrundsätzen alle Consequenzen ziehen, welche sich aus demselben mit innerer Nothwendigkeit ergeben, alle Fälle unter dasselbe stellen, welche in dem Inhalte der Gesetze implicite enthalten sind[67] und umgekehrt alle Fälle ausschließen, auf welche das Gesetz nicht bezogen werden darf. Bei dieser consequenten Entwicklung und Darlegung des Inhalts der Gesetze wird sich der Ausleger insbesondere durch folgende Regeln leiten lassen:

1) Wer durch das Gesetz zum Zwecke berechtigt ist, der ist hierdurch zu den an sich erlaubten Mitteln berechtigt, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann[68].

65) l. 19 D. de leg. (1, 3) In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quae vitio caret.

66) l. 18 de leg. (1, 2) Benignius leges interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur (über diese Stelle s. Savigny I §. 36 Note i) l. 192 §. 1 l. 56 l. 168 pr. D. de R. J.

67) l. 147 D. de R. J. Semper specialia generalibus insunt (vgl. über diese Regel Thibaut Civilist. Abhandl. Nr. VII S. 117). Insbesondre müssen die Gesetze auf erst später in abstracto sich ergebende Fälle bezogen werden. Hierauf bezieht sich die Regel l. 27 D. de leg. — semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent quae quandoque similis erunt (vgl. Thibaut a. a. O. S. 112. 113); vgl. Helm a. a. O. S. 262—264.

68) l. 2 D. de jurisd. (2, 1). Diese Regel ist insbes. für die Lehre von den Servituten fruchtbar; einzelne Anwendungen enthält §. 496 a. b. G. B. (l. 3 §. 3 D. de S. P. R. 8, 3) §. 497 a. b. G. B. (l. 11 D. commun. praed. 8, 4). Andere Anwendungen dieser Regel finden sich im §. 1009 und 1029 a. b. G. B. cf. l. 56 l. 62 D. de proc. 3, 3).

2) Wenn der Zweck unbedingt verboten ist, so sind auch alle Mittel unzulässig, welche auf die Erreichung dieses verbotenen Zweckes gerichtet sind[69].

3) Wer zum Mehreren berechtigt oder verpflichtet ist, ist es auch zum Wenigern (argumentum a majori ad minus)[70].

4) Wem das Mindere untersagt ist, dem ist es auch das Mehrere; und was zum Minderen erforderlich ist, ist es sicher auch zum Mehreren (argumentum a minori ad majus)[71].

5) Wenn die gesetzliche Anordnung auf gewisse Fälle beschränkt ist, so ist damit für alle andern Fälle, überhaupt für Alles was außerhalb dieses Kreises liegt das Gegentheil gesetzt[72] (argumentum a contrario)[73]. Mit der Anordnung dieses Arguments muß man aber

---

69) Diejenigen Personen, welche unter einander keine giltige Ehe schließen können, können daher auch kein giltiges Eheverlöbniß schließen l. 14 D. de spons. (23, 3).

70) l. 21 D. de R. J. Non debet cui plus licet quod minus est non licere. l. 110 pr. D. eod. In eo quod plus sit semper inest et minus. cf. l. 26 l. 163 eod.

71) l. 4 D. de senat. (1, 9).

72) So z. B. gilt für alle Fälle, welche nicht in den §§. 194 ff. oder im §. 1008 a. b. G. B. genannt sind, das Gegentheil. Man pflegt dieß mit den Worten auszudrücken, ein Gesetz stelle gewisse Fälle *taxativ* auf. Hierher gehört auch die Regel exceptio firmat regulum in casibus non exceptis, d. h. wo nicht die Ausnahme gilt, gilt die Regel. Einen Fall dieser Art enthält der §. 120 a. b. G. B.; in jenem Fall nemlich, in welchem es z. B. durch die mittlerweile erfolgte Geburt eines Kindes *gewiß* ist, daß die zurückgebliebene Ehefrau nicht schwanger sei, kann sie sofort ohne einer Dispens zu bedürfen zu einer neuen Ehe schreiten; vgl. l. 11 §. 2 D. de his qui notant. (3, 2).

73) Über dieses argumentum a contrario vgl. *Thibaut* Log. Ausleg. S. 142 fg., *Mühlenbruch* im Archiv für civilist. Prax. II S. 427 fg. und *Thöl* Einleit. §. 62. — Von der älteren Zeit bis auf die neueste herauf war und ist man gewöhnt das arg. a contrario zur *ausdehnenden Auslegung* zu rechnen; so z. B. Donellus lib. I c. XIV §. 4, *Thibaut* Log. Ausleg. S. 118 und selbst *Savigny* I S. 237. 238. Daß diese Auffassung unhaltbar sei, ergibt sich aus der Erwägung, daß das Wesen der ausdehnenden Auslegung darin besteht daß sie die gebrauchten Worte zu eng, also den Ausdruck unrichtig findet und die Überzeugung begründet, der Gesetzgeber habe *quantitativ* mehr sagen wollen als er wirklich gesagt habe. Mittelst des arg. a contrario gelangt man aber niemals zu einem solchen Resultat; die gebrauchten Worte sind nicht zu eng, sie sind vielmehr ganz richtig gewählt, sie sprechen auch den ganzen Gedanken aus und man bedient sich des arg. a contrario nur um einen anderen gar nicht ausgesprochenen Gedanken herauszufinden. (Vgl. die scharfsinnigen Ausführungen von *Thöl* Einleit. §. 62. Nur kann man diesem Schriftsteller darin nicht beistimmen, daß er dieses Argument zur *erklärenden declarativen* Auslegung rechnet S. 151. 152; auch widerspricht sich hierin *Thöl*

ſehr vorſichtig ſein[74]. Denn es kann mit Hülfe der logiſchen Interpretation ſich leicht und oft herausſtellen, daß der Geſetzgeber die Norm, die er als eine allgemeine angeſehen wiſſen will, eben nur für einen beſtimmten Fall oder nur beiſpielsweiſe ausſprach[75], oder daß er gewiſſer Fälle nur noch beſonders erwähnt, um auch in Beziehung auf ſie ſich recht beſtimmt und deutlich zu erklären[76]. Für letzteren Fall gilt dann die Regel: unius positio non est exclusio alterius[77].

Anmerk. 1. Manche öſterreichiſche Schriftſteller (z. B. Rippel in der angef. Abh. §. XVII. XVIII S. 20 fg., Helm in der angef. Abh. §. V S. 276 fg.) haben die Interpretationsregel aufgeſtellt, daß bei der Auslegung der Geſetze immer auf das natürliche Recht Rückſicht zu nehmen ſei, daß alſo dann wenn ein Wort oder eine Conſtruction mehrdeutig ſei (denn eine andere Auslegung wollen jene Schriftſteller nicht anerkennen, vgl. Note 84), jene Bedeutung zu wählen ſei, welche „den natürlichen Rechtsgrundſätzen entſpreche.“ Daß dieſe Interpretationsregel durch und durch unhaltbar ſei, bedarf bei dem heutigen Stande der Rechtswiſſenſchaft wohl keiner beſondern Beweisführung. Nur an den von jenen Schriftſtellern angeführten Beiſpielen ſoll ihre Unhaltbarkeit nachgewieſen werden. Rippel und Helm führen als Beiſpiel den §. 166 des a. b. G. B. an und lehren, daß das Wort „Eltern“ in demſelben deßhalb in der engeren Bedeutung zu nehmen ſei, „weil nach dem natürlichen Rechte der Anſpruch auf Verpflegung und Erziehung den unehelichen Kindern nur gegen die Urheber ihrer Exiſtenz gebühre.“ So richtig jene Entſcheidung an ſich iſt (vgl. Note 60), ſo unrichtig iſt ihre Motivirung. Denn was der Einzelne von ſeinem Standpunkte aus als eine Forderung des natürlichen Rechts anſieht, kann durchaus nicht maßgebend ſein, da ſonſt der A ſo und der B ſo entſcheiden und der Auslegung aller objective Boden entzogen würde. Es muß vielmehr

---

ſelbſt S. 152.) — Eben ſo wenig aber kann man mit manchen andern Schriftſtellern z. B. Bangerow I S. 57 dieſes arg. a contrario zur grammatiſchen Auslegung rechnen, denn die Regeln der Grammatik können durchaus keinen Aufſchluß darüber geben, ob der Geſetzgeber die Fälle taxative oder enunciative habe aufzählen wollen. Setzt der Geſetzgeber ſelbſt ſolche Worte wie „nur“ oder „beiſpielsweiſe“ hinzu, dann löſt freilich ſchon das beigefügte Wörtlein den Zweifel: aber wo dieß nicht der Fall iſt, läßt uns die philologiſche Interpretation hilflos. — Das arg. a contrario gehört überhaupt gar nicht zu jenem Zweig der Auslegung, welcher im Text sub A befaßt iſt, ſondern zu jenem Zweig der Auslegung, welchen man vielleicht nicht unpaſſend, „entwickelnde Auslegung“ nennen könnte.

74) Aus Furcht vor Mißbrauch darf man den Gebrauch dieſer Argumentationsweiſe nicht ganz aufgeben, wie kürzlich L. Schuſter gethan hat in Haimerls Magaz. Bd XI Hft 2.

75) Sind die Worte bloß beiſpielsweiſe gebraucht, ſo nennt man ſie verba enunciativa.

76) Ein Beiſpiel dieſer Art bietet §. 34 a. b. G. B.

77) z. B. die Fälle der §§. 53. 373. 1462 a. b. G. B.

aus dem Zusammenhange sämmtlicher Gesetze über die Rechte unehelicher Kinder, also mit Hilfe des systematischen Elements entschieden werden, ob das Wort „Eltern" in §. 166 in der engeren oder weiteren Bedeutung zu nehmen sei (vgl. Note 60). — Rippel entscheidet die Frage, ob das Erforderniß des zurückgelegten zwanzigsten Lebensjahres im ersten Satze des §. 252 a. b. G. B. und im zweiten Satz des §. 174 a. b. G. B. auch auf den zweiten respective ersten Satz jener Paragraphe zu beziehen sei, dahin, daß nach natürlichen Rechtsgrundsätzen hierüber kein Zweifel sein könne und motivirt diese Entscheidung in ziemlich weitschweifiger Weise (S. 25 fg.). Mit dieser aus natürlichen Rechtsgrundsätzen abgeleiteten Entscheidung vergleiche man ganz einfach das Hofdecr. v. 15. Juni 1835 (Anhang Nr. 36), welches wörtlich wie folgt lautet: „Nach dem Wortlaute der §§. 174 und 252 des a. b. G. B. ist weder zur Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt mit Genehmhaltung des Gerichts, noch zur Verleihung eines Gewerbes an Minderjährige das zurückgelegte 20ste Lebensjahr als unerläßliche Bedingung vorgeschrieben."

Anmerk. 2. Geschichtlicher Rückblick. — In der früheren Zeit und noch bis in den Beginn unseres Jahrhunderts herauf ging man von der Ansicht aus, daß so wie alles Recht im Staate Product der Willkür des Gesetzgebers, so auch insbesondere die Auslegung lediglich Sache des Gesetzgebers sei und daß dem Richter höchstens die buchstäbliche Auslegung des Gesetzes gestattet werden könne (vgl. Zachariä Hermeneutik des Rechts 1805 S. 161—165). Man hielt es für ein Unglück, daß und wenn Gesetze der Auslegung bedürften (vgl. Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 537) und hoffte durch tüchtig abgefaßte Gesetze das Bedürfniß einer Auslegung gänzlich beseitigen zu können. Sollte dennoch manches Gesetz dunkel erscheinen, so sollte sich der Richter mit der Bitte um Aufklärung an die gesetzgebende Gewalt wenden. Schon Justinian hatte bei der Publication der Digesten (a. 533) in der l. 2 §. 21 C. de veter. jure enucl. (1, 17) befohlen, daß der Richter bei Zweifeln über den Sinn eines Gesetzes sich an den Kaiser wenden müßte, cui soli concessum est leges et condere et interpretari (cf. l. 12 C. de leg. 1, 14). Mit Bezug auf diese beiden Constitutionen war und ist es zweifelhaft, ob hiermit dem Richter jede Auslegung verboten sein sollte (so Savigny I S. 304—308) oder ob er nur dann, wenn ihm trotz aller Auslegungsversuche ein Zweifel bliebe für den einzelnen vorliegenden Fall bei dem Kaiser anfragen sollte (so Thibaut Log. Ausleg. S. 25. 47. 112, Hufeland Geist des röm. Rechts I S. 121, Wächter II S. 133 Note 1). Bit Berufung auf die l. 12 cit. wurde in Frankreich durch ein Gesetz v. 24. Aug. 1790 tit. II art. 12 den Richtern anbefohlen sich an die gesetzgebende Versammlung zu wenden toutes les fois qu'ils croiraient necessaire d'interpréter une loi. In der Einleitung zum preußischen Landrecht (§. 47) wurde dem Richter, wenn er den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft fände, vorgeschrieben seine Zweifel der Gesetzgebungscommission vorzutragen und von ihr deren Lösung zu erwarten. In Österreich verbot Kaiser Joseph dem Richter jede Auslegung eines dunkel scheinenden Gesetzes und gestattete bloß die buchstäbliche Auslegung (Joseph. Gesetzb. 1 §. 24). Allmählich wandte sich die Sache zum Bessern; man schrieb dem Richter nicht mehr bloß eine mechanische Thätig-

keit zu, sondern ließ ihn geistig wirken. In Frankreich wurde der Artikel 4 in den Code Napoleon aufgenommen, der in der That „im antiken Geist" abgefaßt ist. In Preußen bestimmte der Anhang 2 zum allgemeinen Landrecht, daß der Richter den vorliegenden Fall „nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden habe." In Österreich gestattete Kaiser Leopold dem Richter die „philosophische Auslegung zweifelhafter Gesetze" (Patent v. 22. Febr. 1791 §. 2) und schon das westgalizische Gesetzbuch (I §. 18) enthielt jene Auslegungsgründe, welche sich im Gesetzbuche von 1811 finden.

B. Gesetzliche Auslegung.

§. 14. Jene Auslegung, welche nach den im vorigen Paragraph aufgestellten Grundsätzen und Regeln den Sinn eines Gesetzes zu erforschen und dessen Inhalt nach allen Beziehungen hin zu entwickeln sucht, heißt wissenschaftliche, doctrinelle Auslegung. Die doctrinelle Auslegung hat in concreten Fällen nur in so fern und in so weit Anspruch auf Geltung, inwiefern und inwieweit sie die richtigen Grundsätze richtig anwendet. Verschieden von ihr ist jene Auslegung, welche nicht durch die mit Hilfe wissenschaftlicher Regeln nachgewiesene Übereinstimmung mit dem wahren Sinn des Gesetzes Kraft und Geltung hat, sondern diese Wirkung, die dann aber auch viel weiter reicht, einem äußern Umstande verdankt.

Eine solche Auslegung nennt man gesetzliche Auslegung, Legalinterpretation[1]. Die Legalinterpretation ist entweder eine authentische oder eine usuelle. Die usuelle Interpretation ist jene Auslegung, welche durch Gewohnheitsrecht entsteht und daher allgemein verbindende Kraft hat[2]. Eine solche Art der Interpretation kann es nach österreichischem Recht nicht geben, da dasselbe allem Gewohnheitsrecht die Anerkennung versagt (§. 10 a. b. G. B.). Die authentische Auslegung ist jene, welche der Gesetzgeber selbst

1) Manche Schriftsteller beschränken den Ausdruck Legalinterpretation auf die authentische. Höpfner Comment. S. 51 setzt sogar die authentische Interpretation der doctrinellen entgegen und rechnet zu letzterer die Usualinterpretation.

2) l. 37. 38 D. de leg. (1, 3). Übereinstimmend mit ihren Grundansichten über die Bedeutung und Kraft des Gewohnheitsrechts schrieben die älteren Schriftsteller (z. B. Glück I §32 S. 215, der Wiener Heineccius I S. 19) der usuellen Auslegung nur deßhalb bindende Kraft zu, weil sie „eine stillschweigende Erklärung des Gesetzgebers enthalte."

oder die von ihm hierzu autorisirte Behörde gibt. Die Legalinterpretation kommt mit der doctrinellen Auslegung darin überein, daß beide auf die Ermittlung und Feststellung des Inhalts des Gesetzes gehen. Da nun alle Auslegung eben in der Erforschung des Sinnes des Gesetzes besteht, so verhalten sich beide Interpretationsarten wie verschiedene Mittel zum Zweck und man kann der Legalauslegung den Charakter der Auslegung nicht versagen[3]. Dagegen unterscheidet sich die Legalinterpretation von der doctrinellen Auslegung im modus interpretandi und in den Wirkungen. Während nemlich die doctrinelle Auslegung nach wissenschaftlichen Grundsätzen den wahren und wirklichen Sinn des Gesetzes zu Tage zu bringen sucht und von innen heraus zu Werke geht, setzt die authentische Auslegung auf mehr äußerliche Weise den Inhalt des Gesetzes fest, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob dieser Inhalt auch in der That im ältern Gesetz liegt oder nicht[4]. So kann es sich denn leicht ereignen, daß auf dem Weg der Legalinterpretation ein ganz neuer Rechtssatz entsteht, der im frühern Gesetz gar nicht enthalten war. Die Legalinterpretation wird daher in gar manchen Fällen nicht aus dem alten Gesetze dessen Inhalt herauslegen, sondern vielmehr in das alte Gesetz einen neuen Inhalt hineinlegen: sie wird meritorisch gar manchmal nicht Auslegung sondern Hineinlegung, nicht explicatio sondern implicatio sein. Dennoch ist sie stets als Auslegung anzusehen und zu behandeln, insofern sie sich als die Darstellung des wahren Sinnes des frühern Gesetzes äußerlich ausgibt. Es sind daher auch solche durch authentische Interpretation festgestellte Sätze als Inhalt des alten Gesetzes zu betrachten, von denen man nach wissenschaftlichen Principien immerhin überzeugt sein mag, daß sie in keiner Beziehung in dem interpretirten Gesetze lagen, sobald nur der Gesetzgeber erklärt, daß der neue Satz als der wahre Inhalt des ältern Gesetzes zu betrachten sei.

---

3) Dieß thaten schon viele ältere Schriftsteller z. B. Glück I S. 215, Schömann Handb. I S. 87 Note *, von neueren thut es Thöl Einleit. §. 58 und insbes. Note 4 z f. aber dagegen Hufeland in der angef. Abhandl. I S. 44 fg. und Savigny I S. 209.

4) Auch kommt es hierbei darauf nicht an, ob der Gesetzgeber den Glauben hatte, mit seiner Interpretation den wahren Sinn des alten Gesetzes zu geben und sich hierin irrte, oder ob er absichtlich in das alte Gesetz einen neuen Inhalt legte.

Schriftsteller der ältern[5] und neuern[6] Zeit haben zwar öfters behaupten wollen, daß in jenen Fällen, in denen die authentische Interpretation mit der doctrinellen nicht übereinstimme, dieselbe als ein neues Gesetz anzusehen und zu behandeln sei, was in Beziehung auf die rückwirkende Kraft von großer praktischer Wichtigkeit ist. Das Unrichtige dieser Ansicht, welcher auch österreichische Schriftsteller beigepflichtet haben[7], ergibt sich von selbst aus der Erwägung, daß sich hiermit der Richter über den Gesetzgeber stellen würde[8]. — Es ist jedoch nöthig sich stets gegenwärtig zu halten, daß nicht jede gesetzliche Entscheidung einer frühern Controverse, nicht jede Erklärung eines bestrittenen Gesetzes schon als authentische Auslegung anzusehen sei[9]. Denn es kann leicht der Fall sein, daß der Gesetzgeber selbst den Sinn des Gesetzes als zweifelhaft ansieht und nur für die Zukunft Zweifeln vorbeugen will. Es muß daher aus dem betreffenden Gesetze entnommen werden[10], ob es den Inhalt des ältern Gesetzes festsetzen, somit als Erläuterung desselben behandelt werden wolle oder nicht[11].

---

5) So z. B. Struben Nebenstunden Thl III Abh. XIII §. 12, Glück I S. 217, ebenso der Wien. Heineccius I S. 19 und Hufeland in der angef. Abhandl. I S. 51 fg.

6) So z. Puchta Pandekt. §. 111 und Vorles. dazu I S. 225 und Thöl Einleit. §. 58.

7) Zeiller I S. 74. 75 steht unverkennbar unter dem Einfluß der älteren Doctrin, indem er lehrt: „Wenn ein Gesetz so dunkel und zweifelhaft wäre, daß der Sinn, welcher demselben von dem Gesetzgeber unterlegt ward, nicht entziffert werden könnte, dann war die Vorschrift nicht erkennbar, nicht kundgemacht, dann ist die in der Folge gegebene Vorschrift keine bloße Erklärung des vorigen, sie ist ein neues Gesetz, das auf vergangene obgleich unentschiedene Geschäfte oder auf bereits erworbene Rechte nicht anzuwenden ist." Übereinstimmend Schuster I S. 171, Nippel I S. 88. Die richtige Ansicht hat Stubenrauch I S. 98.

8) Vgl. insbes. Thibaut System §. 44, Bergmann in der §. 20 angef. Schrift S. 60 fg., Kierulff I S. 36, Wächter II S. 151.

9) Vgl. Bergmann a. a. O. S. 63, Falck Jurist. Encyclop. S. 295 Note 27, Wächter II §. 25 Note 3.

10) Es ist Sache der doctrinellen Auslegung zu beurtheilen, ob ein Gesetz das sich nicht ausdrücklich als authentische Interpretation zu erkennen gibt, als solche anzusehen sei oder nicht. Zum letzteren Resultat, als zur Auffassung des Gesetzes als eines neuen wird man dann gelangen, wenn sich nach wissenschaftlichen Auslegungsregeln ein anderer Sinn des alten Gesetzes ergibt als jener, den das neue ausspricht; vgl. Bergmann S. 64.

11) In der Regel wird ausdrücklich ausgesprochen, daß das neue Gesetz eine Interpretation des alten erhalte; vgl. z. B. Hofdecr. v. 15. Juni 1835 (Michel

Die authentische Auslegung eines Gesetzes unterscheidet sich von der doctrinellen in ihrer Wirkung. Während nemlich die Richtigkeit der doctrinellen Auslegung der Beurtheilung jedes Einzelnen fortwährend unterliegt und nur durch die Kraft ihrer innern Wahrheit eine Herrschaft erringen kann, der gegenüber entgegengesetzte Ansichten sich noch immer geltend machen können, hat die authentische Auslegung die allgemein verbindliche Kraft eines Gesetzes (legis vim) und muß von Jedermann respectirt werden. Weil aber die authentische Erläuterung die Kraft und Bedeutung eines Gesetzes hat, muß sie alle Erfordernisse eines Gesetzes haben und insbesondere gleich jedem neuen Gesetze in der gehörigen Weise kund gemacht sein[12].

Da die authentische Auslegung eine bindende Erklärung über den Sinn des früheren Gesetzes ist, so muß sie in allen Fällen zur Anwendung kommen, in welchen das frühere nunmehr ausgelegte Gesetz zur Anwendung kommt (§. 8 a. b. G. B. Oportere ea quae adjecta sunt per interpretationem in illis valere in quibus interpretatis legibus sit locus. Nov. XIX. praef. i. f.) In so fern hat die authentische Interpretation rückwirkende Kraft[13] und zwar wirkt sie

---

Nr. 323; a. h. Entschließ. v. 6. Aug. 1853 (R. G. B. 160), Justiz-Ministerialverordn. v. 6. Oct. 1853 (R. G. B. Nr. 200).

12) Wenn also eine authentische Interpretation nur einer bestimmten Gerichtsbehörde kundgemacht wurde, so hat sie für alle anderen Gerichte nur die Kraft und Bedeutung einer doctrinellen Auslegung. — Die entgegengesetzte innerlich ganz unhaltbare Ansicht wird von Herbst (Über den Einfluß der nicht erfolgten Kundmachung auf die verbindende Kraft von Gesetzeserläuterungen in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1845 II S. 181 fg.) mit ebenso unhaltbaren Gründen vertheidigt. Denn es ist ganz unhaltbar, wenn sich Herbst (S. 188) zur Unterstützung seiner Ansicht auf den Satz beruft, daß ja ohnehin „bloße Gesetzeserklärungen keine neue Norm enthalten können" da dieser Satz an sich ganz falsch ist, und es beruht auf einer petitio principii, wenn Herbst sagt „da Gesetzeserklärungen auf alle noch zu entscheidenden wenngleich schon vor ihrer Erlassung anhängig gemachten Rechtsfälle angewendet werden müssen, so kann ihre Anwendbarkeit offenbar nicht erst durch die Kundmachung bedingt sein." Stubenrauch (I S. 98) schließt sich der Ansicht von Herbst an; wenn er sich aber hiefür auf das Hofdecr. v. 29. Dec. 1785 beruft, welches die Gerichtsstellen anweist sich aus den in der Justizgesetzsammlung enthaltenen Anordnungen zu belehren, sollten diese auch nur an einzelne Gerichtsstellen über besondere Anfragen erlassen worden sein, so beweist dieß für seine Ansicht gar nichts, weil eine in die J. G. S. aufgenommene Belehrung eben als allgemein kundgemacht anzusehen ist (s. oben S. 17). — In Übereinstimmung mit der im Text aufgestellten Ansicht werden heutzutage Gesetzeserläuterungen im Reichsgesetzbl. kundgemacht.

13) Nov. CXLIII pr. — Quam interpretationem non in futuris tantum-

1) nicht bloß auf jene Fälle zurück, die noch gar nicht zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung gekommen sind, sondern 2) auch auf jene Fälle, welche bereits entschieden wurden aber noch nicht rechtskräftig geworden sind, d. h. auch der höhere Richter muß im Fall einer Appellation oder Revision den bereits bei der ersten Instanz entschiedenen Fall im Sinn der authentischen Auslegung entscheiden[14]. Ist jedoch ein Urtheil bereits rechtskräftig geworden, so bleibt es unanfechtbar, mag auch immerhin der frühere Richter von einer nunmehr irrig erklärten Auffassung des Gesetzes ausgegangen sein[15]; es findet gegen dasselbe weder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[16] noch eine außerordentliche Revision[17] statt. 3) Durch eine authentische Auslegung, welche von dem Sinn abweicht, welchen man bisher dem ausgelegten Gesetz beigelegt hatte, wird ausgesprochen, daß man sich bisher rücksichtlich des bestehenden Rechts in einem Rechtsirrthum befand und es finden daher alle Wirkungen statt, welche der Rechtsirrthum nach sich zieht, z. B. Rückforderung des

---

modo casibus verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset. Vgl. Bergmann a. a. O. S. 63. 196—203, Bangerow I S. 68, Kierulff I S. 72.

14) Fritz in Grolmanns und Löhrs Magazin Bd IV S. 277 ff., Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd II S. 399 fg.

15) Hofdecr. v. 15. Juni 1835 (J. G. S. Nr. 39): „Gegenwärtige Vorschrift ist auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene oder noch der gerichtlichen Entscheidung zu unterziehende Fälle anzuwenden. Die vor Kundmachung dieser Vorschrift bereits rechtskräftig gewordenen gerichtlichen Entscheidungen bleiben in voller Kraft." — Unsere Schriftsteller (z. B. Stubenrauch I S. 99) setzen ganz allgemein dem rechtskräftigen Urtheil den Vergleich zur Seite und lehren, daß auch geschlossene Vergleiche durch eine nach deren Abschließung ergangene authentische Interpretation nicht berührt werden. In dieser Allgemeinheit ist der Satz unrichtig. Lag das Motiv des Vergleichs in dem Zweifel über den Sinn des Gesetzes, dann kann allerdings der abgeschlossene Vergleich nicht angefochten werden (l. 65 §. 1 D. de cond. indeb. 12, 6). War dagegen ein anderer Punkt streitig und setzten die Transigenten einen Sinn des Gesetzes als gewiß voraus, der sich später durch die authentische Interpretation als irrig erweist, so kann der Vergleich allerdings angefochten werden. (arg. l. 3 §. 1 l. 12 i. f. D. de transact. 2, 15 §. 1385 a. b. G. B.).

16) Vgl. Herbst Das Verhältniß der exc. rei judic. zu später ergangenen Gesetzauslegungen in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1846 II S. 67 fg.

17) Da eine solche nur stattfindet, wenn ein Urtheil gegen zweifellos klare Gesetze verstößt, „wegen offenbarer Ungerechtigkeit" wie das Hofdecr. v. 15. Febr. 1833 sagt; vgl. §. 335 der ungar. G. O. Diese Ansicht, welche auch im gemeinen Recht gilt (vgl. Kierulff I S. 72 Note *), wird mit Recht von Stubenrauch I S. 99 Note * gegen Nippel I S. 87 vertheidigt.

Gezahlten (condictio indebiti) u. ſ. w.[18]. — Dieſe rückwirkende Kraft der authentiſchen Auslegung findet dann nicht ſtatt, wenn der Geſetzgeber ihr dieſelbe ausnahmsweiſe entzieht[19] (§. 8 a. b. G. B.).

Fünftes Capitel.

Von der Aufhebung der Privatrechtsnormen.

I. Aufhebungsgründe.

§. 15. Ein in der gehörigen Weiſe eingeführtes Geſetz behält ſo lange ſeine Kraft, bis es in gehöriger Weiſe d. h. durch einen beſtimmten rechtsverbindlichen Erlöſchungsgrund wieder aufgehoben wird. Solange ein ſolcher Erlöſchungsgrund nicht eingetreten iſt, bleibt das alte Geſetz in Kraft; man drückt dieß gewöhnlich[1] dahin aus, daß für die Fortdauer der Wirkſamkeit der Geſetze die Vermuthung ſtreite. Die Aufhebung kann eine gänzliche oder theilweiſe ſein[2], je nachdem das alte Geſetz in ſeinem ganzen Umfang oder nur in beſtimmten Beziehungen aufgehoben wird. Sie iſt eine ſ. g. reine Aufhebung (Abſchaffung, Abrogation), wenn an die Stelle des abgeſchafften Geſetzes kein neues geſetzt wird; iſt letzteres der Fall, ſo ſpricht man von Abänderung (Derogation) des Geſetzes[3].

A. Zufolge innerer Erlöſchungsgründe hört ein Geſetz ganz oder theilweiſe auf, wenn jene Umſtände ſich verwirklichen an deren Eintritt das fragliche Geſetz ſelbſt das Aufhören ſeiner Wirk-

---

18) Vgl. Bergmann S. 68, Wächter S. 152 Nr. 3.

19) Ein Beiſpiel aus dem röm. Recht ſ. in l. 23 C. mand. (4, 35) (vgl. zu dieſer Stelle Bergmann Note 203); aus dem öſterr. Recht im Hofdecr. v. 15. Apr. 1828 (Michel Nr. 60).

1) So z. B. Holzſchuher Caſuiſtik I S. 25. Man beruft ſich in der Regel auf l. 27 C. de testam. (6, 23). — Lex semper loqui praesumitur.

2) Auch dieſe Verſchiedenheit im Umfang der Aufhebung pflegt man mit den Ausdrücken Abrogation und Derogation zu bezeichnen. Ulpiani Fragm. l. 34. 102 D. de V. S. Derogatur legi aut abrogatur; derogatur legi cum pars detrahitur, abrogatur legi cum prorsus tollitur.

3) l. 4 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2) und das Brocardicum lex posterior derogat priori. Mit Beziehung auf Ulp. l. c. pflegt man zwiſchen Abrogation, Derogation, Subrogation und Obrogation zu unterſcheiden.

1) nicht bloß auf jene Fälle zurück, die noch gar nicht zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung gekommen sind, sondern 2) auch auf jene Fälle, welche bereits entschieden wurden aber noch nicht rechtskräftig geworden sind, d. h. auch der höhere Richter muß im Fall einer Appellation oder Revision den bereits bei der ersten Instanz entschiedenen Fall im Sinn der authentischen Auslegung entscheiden[14]. Ist jedoch ein Urtheil bereits rechtskräftig geworden, so bleibt es unanfechtbar, mag auch immerhin der frühere Richter von einer nunmehr irrig erklärten Auffassung des Gesetzes ausgegangen sein[15]; es findet gegen dasselbe weder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[16] noch eine außerordentliche Revision[17] statt. 3) Durch eine authentische Auslegung, welche von dem Sinn abweicht, welchen man bisher dem ausgelegten Gesetz beigelegt hatte, wird ausgesprochen, daß man sich bisher rücksichtlich des bestehenden Rechts in einem Rechtsirrthum befand und es finden daher alle Wirkungen statt, welche der Rechtsirrthum nach sich zieht, z. B. Rückforderung des

---

modo casibus verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset. Vgl. Bergmann a. a. O. S. 63. 196—203, Bangerow I S. 68, Kierulff I S. 72.

14) Fritz in Grolmanns und Löhrs Magazin Bd IV S. 277 ff., Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd II S. 399 fg.

15) Hofdecr. v. 15. Juni 1835 (J. G. S. Nr. 39): „Gegenwärtige Vorschrift ist auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene oder noch der gerichtlichen Entscheidung zu unterziehende Fälle anzuwenden. Die vor Kundmachung dieser Vorschrift bereits rechtskräftig gewordenen gerichtlichen Entscheidungen bleiben in voller Kraft." — Unsere Schriftsteller (z. B. Stubenrauch I S. 99) setzen ganz allgemein dem rechtskräftigen Urtheil den Vergleich zur Seite und lehren, daß auch geschlossene Vergleiche durch eine nach deren Abschließung ergangene authentische Interpretation nicht berührt werden. In dieser Allgemeinheit ist der Satz unrichtig. Lag das Motiv des Vergleichs in dem Zweifel über den Sinn des Gesetzes, dann kann allerdings der abgeschlossene Vergleich nicht angefochten werden (l. 65 §. 1 D. de cond. indeb. 12, 6). War dagegen [illegible] anderer Punkt streitig und setzten die Transigenten einen Sinn des G[illegible] wiß voraus, der sich später durch die authentische Interpretatio[illegible], so kann der Vergleich allerdings angefochten werden. (arg. [illegible] D. de transact. 2, 15 §. 1385 a. b. G. B.).

16) Vgl. Herbst Das Verhält[illegible] später [illegible] nen Gesetzauslegungen [illegible] 1846 II S.

17) Da eine [illegible] gegen [illegible] das Hof[illegible] Aufsicht, [illegible] wird [illegible] S. 87 ver[illegible]

Gezahlten (condictio indebiti u. s. w.[18]. — [illegible]
der authentischen Auslegung findet dann nicht [illegible]
geber ihr dieselbe ausnahmsweise [illegible]

Fünftes Capitel.

Von der Aufhebung [illegible]

I. [illegible]

§. 15. Ein in der [illegible]
lange seine Kraft, bis es [illegible]
stimmten rechtsverbindlichen [illegible]
wird. Solange ein solcher [illegible]
bleibt das alte Gesetz in [illegible]
aus, daß für die Fortdauer [illegible]
thung streite. Die Aufhebung [illegible]
sein[2], je nachdem das alte [illegible]
in bestimmten Beziehungen [illegible]
Aufhebung (Abschaffung, [illegible]
geschafften Gesetzes kein [illegible]
spricht man von Abänderung.

A. Zufolge innerer [illegible]
ganz oder theilweise [illegible]
deren Eintritt das [illegible]

---

18) Vgl. Bergmann [illegible]
19) Ein Beispiel [illegible]
dieser Stelle Bergmann [illegible]
[illegible] 1828 (Mich[illegible]
[illegible] z. B. [illegible]
[illegible] 27 C [illegible]
[illegible]

jel
:d,
zes
eg-

ues
ung
ge-
venn
nung
: lex
. Die
er Fest-
daß das
icht fort-
eit halber
ist hierbei
punkt seine
nige erhält,
s wie es bei

äußern Erlö-

eht man insbes.
Satz aufstellte,
ne dos zu geben,
wegen heirathe.
nd System §. 39
röm. Rechts I
l zurückkehrt.
Recht unmöglich,
abgeschnitten ist.
ht die rechtliche
elbst (Thibaut
neuen Gesetz eine
tamenten in An-
n muß, obgleich
Ansicht waren.
ichel Nr. 15).

Gesetzgeber abge-

schungsgründen; doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach österreichischem Recht die innern Erlöschungsgründe ihre volle Wirksamkeit äußern, da sich der Gesetzgeber in jenem Paragraph sicher die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte und über die Wirksamkeit jener Erlöschungsgründe alle Schriftsteller einig waren. Dagegen herrschte unter den ältern Schriftstellern darüber lebhafter Streit, ob mit dem Hinwegfall des Grundes (der ratio legis) auch das Gesetz von selbst aufgehoben sei [14], so wie darüber ob einem Gesetz durch Bildung eines neuen Gewohnheitsrechts ab- und derogirt werden könne [15]. Beides wollten die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches negiren. Um diese Negation recht kräftig auszusprechen, bedienten sie sich [16] des freilich minder passenden Wortes „ausdrücklich“ [17], über welches nunmehr unsere Schriftsteller in unfruchtbare exegetische Controversen gerathen sind [18].

II. Umfang in welchem die Aufhebung wirkt.

§. 16. Wird ein bisher geltendes Gesetz aufgehoben, so entstehen die zwei wichtigen Fragen: 1) Wieweit wirkt die Aufhebung d. h.

14) Vgl. auch Glück Comment. I S. 519 u. 362. 363.

15) Vgl. hierüber insbes. Puchta Gewohnheitsrecht II S. 203 fg. Insbesondere neigte man sich früher sehr häufig der Ansicht zu, daß eine reine Aufhebung des Gesetzes durch Gewohnheitsrecht (desuetudo) zulässig sein sollte, während man sich gegen die Zulässigkeit einer consuetudo contraria legi (einer derogatorischen Gewohnheit) ziemlich allgemein erklärte.

16) Nach dem Vorbild des preuß. Landr. Einl. §. 59 mit welchem fast wörtlich §. 20 des I. Thls des westgal. Gesetzb. übereinstimmt.

17) Diese Erklärung ergibt sich auch schon aus Zeillers Motivirung des §. 9 (I S. 77) „Es kann der Gesetzgeber das Urtheil, ob und inwiefern ein Gesetz noch ferner bestehen soll, weder den Gerichtshöfen noch minder aber dem Willen des Volks, ob es dasselbe noch ferner beobachten oder außer Übung setzen wolle, Preis geben.“ Die im Text gegebene Erklärung findet sich schon bei Scheiblein Handb. des österr. Privatr. (1814) I S. 14 fg. — Wenn Wagner Quellenverhältniß d. bürg. Gesetzbuchs zu den besonderen Zweigen des Privatrechts (1818) S. 57. 58 hiegegen angeführt hat, daß in diesem Falle das Wort „ausdrücklich“ schon vor dem Wort „abändern“ stehen müßte, so ist dagegen zu bemerken, daß vorzüglich der älteren Ansicht von der desuetudo entgegengetreten werden sollte, da die Mehrzahl der ältern Schriftsteller ohnedieß die consuetudo contraria legi nicht anerkannte; vgl. Note 15.

18) Die Einen meinen „ausdrücklich aufgehoben“ bilde in dem Sinn den Gegensatz zu „abgeändert“ wie ausdrückliche Aufhebung zur stillschweigenden (s. z. B. Wagner a. a. O. S. 37 fg. 55 fg., Winiwarter I S. 89, Stubenrauch I S. 99. 100), die Andern wie gänzliche Aufhebung zur theilweisen (z. B. Zeiller I S. 76, Schuster I S. 172).

was gilt als aufgehoben? 2) In welchem Verhältniß ſteht das neue Recht zum aufgehobenen? Die zweite Frage wird im ſiebenten Capitel beſprochen werden; für die Löſung der erſten gelten folgende Grundſätze[1]:

1) Ein Geſetz gilt nur in ſo weit für aufgehoben als der eingetretene beſtimmte Erlöſchungsgrund reicht, alſo ſofern äußere Erlöſchungsgründe eintreten[2] inſoweit das neue Geſetz das alte ausdrücklich aufgehoben hat oder ſoweit der Inhalt des neuen Geſetzes mit dem alten in Widerſpruch ſteht. Iſt es im letztern Fall zweifelhaft inwieweit das neue Geſetz das alte aufheben wollte, ſo kommt der Grundſatz zur Anwendung, daß correctoriſche Geſetze ſtrict zu interpretiren ſeien, da Dasjenige was eine feſte Exiſtenz hat nur in ſo weit durch ein neues Entſtehendes aufgehoben werden kann als das Letztere ſelbſt in ſeiner Exiſtenz gewiß iſt[3].

2) Wird ein Geſetz aufgehoben, ſo ſind damit doch nicht von ſelbſt alle Ausnahmen aufgehoben, welche von jenem Geſetze beſtanden. In dieſer Beziehung iſt zu unterſcheiden[4]: a) Wird ein ganzes Rechtsinſtitut aufgehoben z. B. die Geſchlechtsvormundſchaft, die weiblichen Rechtswohlthaten u. dgl., ſo fallen mit demſelben alle bisherigen Ausnahmen hinweg. b) Wird eine Regel aufgehoben und ihr Gegenſatz zur Regel erhoben, ſo fallen die frühern Ausnahmen von ſelbſt hinweg, da ſie nunmehr Fälle der Anwendung der Regel ſind[5].

---

1) Vgl. insbeſ. Donellus Comment. jur. civ. lib. I c. XIII §. 15—17 und die tüchtigen Ausführungen von Thibaut Civiliſtiſche Abhandlungen Nr. VII „Über das Verhältniß beſonderer Sätze des alten Rechts zu neuen Regeln" (S. 108—130). Thibauts Ausführungen folgt im Weſentlichen Wächter II §. 28; vgl. auch Schweppe I §. 18. — Unſere öſterr. Schriftſteller berühren dieſe wichtige Frage in der Regel gar nicht; nur bei Schuſter I S. 175. 176 findet ſich eine kurze Beſprechung eines einſchlagenden Punktes.

2) Denn nur in dieſer Beziehung können Zweifel entſtehen.

3) Vgl. Thibaut Syſtem §. 41 und oben in der Lehre von der Auslegung der Geſetze (§. 13). Wenn daher z. B. ein neues Geſetz die Regel, daß ein zur Todesſtrafe oder zum ſchweren Kerker verurtheilter Verbrecher kein Teſtament machen könne (§. 574 a. b. G. B.) aufheben würde, ſo würde hiermit jenen Perſonen doch nur das Recht eingeräumt, ihre Teſtamente in der geſetzlich vorgeſchriebenen Form zu errichten; vgl. l. 35 C. de inoff. testam. (3, 28).

4) Vgl. Wächter S. 163 fg.

5) Wenn z. B. ein neues Geſetz beſtimmen würde, daß die Frauen überhaupt zum Zeugniß bei Teſtamenten fähig ſeien, ſo würde die Ausnahme, die §. 597 vom §. 594 a. b. G. B. macht, als Beiſpiel unter die Regel fallen. (Das von Wächter sub b gegebene Beiſpiel gehört wohl richtiger sub a.)

c) Wenn ein neues Gesetz sich ganz absolut und als in allen Fällen geltend ankündigt, so muß es auch in allen Fällen zur Anwendung kommen und es ist daher die alte Regel sammt ihren Ausnahmen für aufgehoben anzusehen[6]. Daß Privilegien im engern Sinn auch in einem solchen Fall fortbestehen, ergibt sich daraus, daß diese eben keine objectiven Rechtsnormen, sondern lediglich individuelle Normirungen concreter Rechtsverhältnisse sind (c. 1 in VI. de const.). d) Kündigt sich das neue Gesetz nicht als ein absolut geltendes an, wollte also der Gesetzgeber bloß dasjenige aufheben was bisher als Regel galt, so fallen zwar mit der aufgehobenen Regel ihre Consequenzen, aber die bisherigen Ausnahmen bleiben fortbestehen[7]. Denn daraus daß der Gesetzgeber eben nur die alte Regel aufhob, ergibt es sich von selbst, daß nicht mehr als diese für aufgehoben angesehen werden dürfe, weil im Zweifel eine Aufhebung des bisherigen Gesetzes, also auch eine umfassendere Ausdehnung dieser Aufhebung nicht zu präsumiren ist[8]. e) Das sub d Entwickelte muß auch in jenen Fällen gelten, wo die Ausnahmen die von der alten Regel bestanden nicht gegenständlicher sondern örtlicher Natur waren; d. h. wenn ein von der im allgemeinen Landesgesetz (jus commune) festgesetzten Regel abweichendes Localgesetz (jus particulare) besteht und jene Regel durch ein neues jus commune geändert wird, so gilt im Zweifel das abweichende Localrecht als nicht geändert[9]. Neues gemeines Recht hebt daher älteres particuläres Recht nicht auf[10], wenn in ihm nicht ausnahmsweise als einem ab-

6) Mit Unrecht ist Thibaut in der angef. Abhandl. S. 127 anderer Ansicht; s. gegen ihn Wächter S. 164 Note 6 und Beseler I §. 23 Note 4. — Würde z. B. ein neues Gesetz erklären, daß Kinder aus jeder Putativehe als eheliche anzusehen seien, so wären damit die in §. 190 a. b. G. B. gemachten Ausnahmen aufgehoben.

7) l. 80 D. de R. J. In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est; vgl. insbes. Thibaut in der angef. Abhandl. S. 121 fg. und Savigny I S. 265.

8) Würde also z. B. ein neues Gesetz die Testamentsformen verändern, so blieben dennoch die Vorschriften über privilegirte Testamente (§. 597 fg.) fortbestehen; vgl. l. 44 D. de poen. (48, 19).

9) Vgl. Wächter II S. 165, Savigny I S. 289, Puchta Vorles. I S. 48. So z. B. bestehen in Österreich particularrechtliche Ausnahmen von der allgemeinen Regel des §. 1116 über den Aufkündigungstermin bei Bestandverträgen (Michel Nr. 1807 fg.); würde nun die im §. 1116 aufgestellte Regel modificirt z. B. an die Stelle des Aufkündigungstermins von 14 Tagen und 24 Stunden ein kürzerer oder längerer Termin gesetzt, so blieben dennoch jene Particularbestimmungen ungeändert fortbestehen.

10) c. 1 de constit. in VI (1, 2). Gemeines Recht kann partikuläres aufheben,

ſoluten dieſe Tendenz enthalten iſt[11]. f) Wiederholt ein neues Geſetz bloß die Regel des ältern Geſetzes ohne der Ausnahmen zu gedenken, ſo liegt in dieſer neuen Beſtätigung der alten Regel im Zweifel keine Aufhebung der alten Ausnahmen von derſelben.

3) Wird ein beſtimmter Rechtsgrundſatz aufgehoben, ſo müſſen auch alle Folgeſätze hinwegfallen, welche ſich aus jenem ergaben, da ſie als Begründetes mit ihrem Fundament ſtehen und fallen[12]. Wird dagegen der aufgehobene Rechtsgrundſatz wieder eingeführt, ſo leben alle reinen Folgeſätze von neuem auf, da ſie ſich als logiſche Conſequenzen aus jenem Satz von ſelbſt ergeben[13].

4) Eine beſondere Hervorhebung verdient jener Fall, wenn ein neues Geſetz einen bisher beſtandenen rechtlichen Unterſchied zwiſchen Perſonen oder Sachen aufhebt, welcher auf verſchiedene Theile des Rechts einen modificirenden Einfluß genommen hat. Wird jener Unterſchied aufgehoben, ſo müſſen auch alle durch denſelben bedingte Modificationen hinwegfallen; nur kann es hier öfters ſchwierig werden zu beſtimmen, ob und inwieweit eine beſtimmte Modification lediglich als die Folge des nunmehr aufgehobenen Unterſchiedes anzuſehen und daher als mit demſelben aufgehoben zu betrachten ſei[14]. — Hebt nun ein ſpäteres Geſetz jenes Geſetz, welches den rechtlichen Unterſchied aufhob, wieder auf, negirt alſo ein ſpäteres Geſetz die Negation des frühern Geſetzes und erkennt ſomit ganz allgemein das

---

nicht aber particuläres Recht gemeines; inſoweit das gemeine Recht das particuläre anerkennt, wird es durch letzteres nur in ſeiner Anwendung ausgeſchloſſen, nicht in ſeiner Exiſtenz aufgehoben (vgl. Puchta Vorleſ. I S. 43). Würde daher das particuläre Recht aufgehoben, z. B. die in der vor. Note angegebenen particular-rechtlichen Abweichungen von der Regel des §. 1416, ſo tritt damit von ſelbſt das gemeine Recht, alſo im gegebenen Beiſpiel die Beſtimmung des §. 1416, in Anwendung.

11) Beiſpiele dieſer Art ſ. in l. 26 §. 1 C. de usur. (4, 32) l. 3 §. 5 D. de sepulc. viol. 47, 12 (über letztere Stelle ſ. insbeſ. Savigny I S. 289 Note k und S. 422, womit Puchta Pandekt. §. 47 Note b übereinſtimmt; die Erklärung die Wächter II S. 165 Note 11 von dieſer Stelle gibt iſt wohl nicht richtig).

12) l. 147 D. de R. J. Semper specialia generalibus insunt. Vgl. insbeſ. Thibaut in der angef. Abh. S. 117 fg. und Log. Ausleg. §. 16.

13) l. 147 cit. Anders verhält es ſich mit den Ausnahmen. Hat ein neues Geſetz das alte mit ſeinen Ausnahmen aufgehoben und ſtellt ein neues Geſetz das alte wieder her, ſo leben damit nicht von ſelbſt die Ausnahmen auf; vgl. Thibaut in der angef. Abh. S. 128.

14) Beiſpiele ſ. unten in §. 30 u. 41.

Princip der aufgehobenen rechtlichen Differenz wieder an, so leben damit dennoch nicht von selbst alle früheren Modificationen und Beschränkungen auf, weil diese nicht logische Folgesätze aus einem Rechtsgrundsatz, sondern singuläre Rechtsbestimmungen sind, welche sich nur zu dem Gesammtresultat verbinden, daß eine rechtliche Differenz bestehe. Statuirt also das neue Gesetz nicht ausdrücklich neue Beschränkungen oder repristinirt es nicht die älteren, so findet dennoch in concreto keine rechtliche Differenz statt, da es nur im Allgemeinen anerkannt ist daß eine solche bestehen solle, nicht aber gesagt ist worin sie bestehen solle[15]. — Überhaupt gilt allgemein der Grundsatz[16], daß durch die Aufhebung eines Gesetzes, welches ein älteres Gesetz aufhob, dieses nicht von selbst wieder auflebe, dafern nicht aus dem ausdrücklich oder stillschweigend[17] erklärten Willen des Gesetzgebers das Gegentheil zu entnehmen ist.

Sechstes Capitel.

Von der Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen.

I. Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen auf den Staat und auf das Staatsoberhaupt.

§. 17. I. Der Staat kann in privatrechtlichen Verhältnissen stehen[1]; diese können natürlicherweise nur vermögensrechtlicher Art sein. Der Staat nach seiner vermögensrechtlichen Seite betrachtet heißt Fiscus[2]. Auf den Fiscus sind die allgemeinen Privatrechtsnormen in Anwendung zu bringen, dafern nicht ausnahmweise ein

15) Einen wichtigen Fall dieser Art s. unten in §. 30.

16) Dieser Grundsatz ist besonders in neuester Zeit wichtig geworden, wo im raschen Wechsel politischer Strömungen heute ein Dogma abgeschafft wird, welches noch am gestrigen Tage als unaufhebbar hingestellt wurde.

17) Würde z. B. heute ein Gesetz erscheinen, welches die Vorschriften über die Nothwendigkeit des politischen Eheconsenses bei Judenehen aufhöbe und etliche Zeit darauf dieses Gesetz wieder aufgehoben, so läge darin eine stillschweigende Repristinirung der aufgehobenen Vorschriften. — Daher ist die Art und Weise in der Stubenrauch I S. 376 jenen Satz aufstellt, wohl zu allgemein.

1) Über die juristische Persönlichkeit des Staats s. weiter unten in der Lehre von den juristischen Personen.

2) Über diesen Ausdruck vgl. Savigny System II S. 272—278.

beſonderes Recht (privilegia, jura fisci) für den Fiscus beſteht[3]. Dieſen Grundſatz ſpricht in Übereinſtimmung mit dem römiſchen Recht[4] das öſterreichiſche Geſetzbuch im §. 290 aus[5]. Die Ausnahmen vom gemeinen Recht[6], welche für den Fiscus gelten und deren es nach öſterreichiſchem Recht[7] nur wenige gibt, werden am entſprechenden Ort angegeben werden[8].

II. Nach öſterreichiſchem Recht[9] kann es zufolge der Beſtimmung der §§. 20 und 289 des bürgerl. Geſetzb. keinem Zweifel unterliegen, daß der Monarch den allgemeinen Privatrechtsgeſetzen unterworfen iſt. Auf den Kaiſer ſind daher in allen Rechtsverhältniſſen, in welchen es ſich nicht um die Stellung des Kaiſers als Oberhaupt des Staates handelt, die Grundſätze des allgemeinen Privatrechts in

3) Auf dieſe im Zweifel ſtattfindende Unterwerfung des Fiscus unter die gewöhnlichen Vermögensrechtsvorſchriften wird von manchen Schriftſtellern (z. B. Böcking I S. 244) der vielbeſprochene Satz bezogen l. 40 D. de jur. fisc. (49, 14) Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

4) l. 25 D. de pignor. (20, 1) l. 37 D. de jur. fisc. (49, 14) l. 3 C. de rescind. vendit. (4, 44) l. 3 C. de fiscal. usur. (10, 3) l. 2 C. ne uxor pro mar. (4, 12).

5) In dieſem Sinn hat auch das Hofdecr. v. 10. Decbr. 1819 (Anhang Nr. 4) vorgeſchrieben, daß die Bedingung der Verzichtleiſtung auf den Rechtsweg bei allen Verträgen zwiſchen Behörden und Privaten über den Verkauf oder die Verpachtung von Gütern oder Gefällen oder über Lieferungen nicht ſtattzufinden habe; vgl. Hofkzldecr. v. 29. Juni 1820. — Der Fiscus iſt daher auch den gewöhnlichen Gerichtsbehörden unterworfen; über den Gerichtsſtand des Fiscus ſ. Jurisd. Norm v. 20. Nov. 1852 §. 23.

6) Dieſe Ausnahmen ſind in der Regel Begünſtigungen z. B. längere Dauer der Verjährungs- und Erſitzungszeit gegen den Fiscus (§. 1472. 1485), geſetzliches Pfandrecht des Fiscus u. dgl. m. Doch fehlt es nach öſterr. Recht auch nicht an privilegiis odiosis des Fiscus, ſo z. B. ſteht der Fiscus mit den Forderungen der Strafgelder im Concurs hinter allen Gläubigern (Ob nach römiſchem Recht in dieſem Fall von einem privilegium odiosum die Rede ſein könne iſt beſtritten wegen l. 47 D. de jur. fisc. l. un. C. poen. fiscal. credit. 10, 7, vgl. mit l. 37 D. 49. 14; ſ. einerſeits Mühlenbruch I §. 202 a. E. und Note 12, andrerſeits Puchta Pand. §. 248 Note g).

7) Über den römiſchen Fiscus und deſſen zahlreiche Privilegien vgl. Savigny II §. 104, Mühlenbruch I §. 202, Schilling II §. 48, Böcking I §. 65, Heimbach im R. L. Bd. IV S. 297—368.

8) Die Rechte, welche dem Fiscus in Folge des ſ. g. dominium eminens und aus den ſ. g. niedern Regalien zuſtehen, ferner das Recht des Fiscus auf bona vacantia u. dgl. m. gehören nicht an dieſen Ort.

9) Nach gemeinem Recht iſt wegen der ſchwankenden Ausſprüche des römiſchen Rechts (vgl. einerſeits l. 31 D. de leg. 1, 3, andrerſeits l. 4 D. eod. tit. 1, 14) dieſe Frage lebhaft beſtritten; vgl. Sintenis I §. 7 Note 47.

1) nicht bloß auf jene Fälle zurück, die noch gar nicht zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung gekommen sind, sondern 2) auch auf jene Fälle, welche bereits entschieden wurden aber noch nicht rechtskräftig geworden sind, d. h. auch der höhere Richter muß im Fall einer Appellation oder Revision den bereits bei der ersten Instanz entschiedenen Fall im Sinn der authentischen Auslegung entscheiden[14]. Ist jedoch ein Urtheil bereits rechtskräftig geworden, so bleibt es unanfechtbar, mag auch immerhin der frühere Richter von einer nunmehr irrig erklärten Auffassung des Gesetzes ausgegangen sein[15]; es findet gegen dasselbe weder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[16] noch eine außerordentliche Revision[17] statt. 3) Durch eine authentische Auslegung, welche von dem Sinn abweicht, welchen man bisher dem ausgelegten Gesetz beigelegt hatte, wird ausgesprochen, daß man sich bisher rücksichtlich des bestehenden Rechts in einem Rechtsirrthum befand und es finden daher alle Wirkungen statt, welche der Rechtsirrthum nach sich zieht, z. B. Rückforderung des

---

modo casibus verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset. Vgl. Bergmann a. a. O. S. 63. 196—203, Bangerow I S. 68, Kierulff I S. 72.

14) Fritz in Grolmanns und Löhrs Magazin Bd IV S. 277 ff., Pfeiffer Praktische Ausführungen Bd II S. 399 fg.

15) Hofdecr. v. 15. Juni 1835 (J. G. S. Nr. 39): „Gegenwärtige Vorschrift ist auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene oder noch der gerichtlichen Entscheidung zu unterziehende Fälle anzuwenden. Die vor Kundmachung dieser Vorschrift bereits rechtskräftig gewordenen gerichtlichen Entscheidungen bleiben in voller Kraft." — Unsere Schriftsteller (z. B. Stubenrauch I S. 99) setzen ganz allgemein dem rechtskräftigen Urtheil den Vergleich zur Seite und lehren, daß auch geschlossene Vergleiche durch eine nach deren Abschließung ergangene authentische Interpretation nicht berührt werden. In dieser Allgemeinheit ist der Satz unrichtig. Lag das Motiv des Vergleichs in dem Zweifel über den Sinn des Gesetzes, dann kann allerdings der abgeschlossene Vergleich nicht angefochten werden (l. 65 §. 1 D. de cond. indeb. 12, 6). War dagegen ein anderer Punkt streitig und setzten die Transigenten einen Sinn des Gesetzes als gewiß voraus, der sich später durch die authentische Interpretation als irrig erweist, so kann der Vergleich allerdings angefochten werden. (arg. l. 3 §. 1 l. 12 i. f. D. de transact. 2, 15 §. 1385 a. b. G. B.).

16) Vgl. Herbst Das Verhältniß der exc. rei judic. zu später ergangenen Gesetzauslegungen in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1846 II S. 67 fg.

17) Da eine solche nur stattfindet, wenn ein Urtheil gegen zweifellos klare Gesetze verstößt, „wegen offenbarer Ungerechtigkeit" wie das Hofdecr. v. 15. Febr. 1833 sagt; vgl. §. 335 der ungar. G. O. Diese Ansicht, welche auch im gemeinen Recht gilt (vgl. Kierulff I S. 72 Note *), wird mit Recht von Stubenrauch I S. 99 Note * gegen Rippel I S. 87 vertheidigt.

Gezahlten (condictio indebiti) u. ſ. w.[18]. — Dieſe rückwirkende Kraft der authentiſchen Auslegung findet dann nicht ſtatt, wenn der Geſetzgeber ihr dieſelbe ausnahmsweiſe entzieht[19] (§. 8 a. b. G. B.).

Fünftes Capitel.

Von der Aufhebung der Privatrechtsnormen.

I. Aufhebungsgründe.

§. 15. Ein in der gehörigen Weiſe eingeführtes Geſetz behält ſo lange ſeine Kraft, bis es in gehöriger Weiſe d. h. durch einen beſtimmten rechtsverbindlichen Erlöſchungsgrund wieder aufgehoben wird. Solange ein ſolcher Erlöſchungsgrund nicht eingetreten iſt, bleibt das alte Geſetz in Kraft; man drückt dieß gewöhnlich[1] dahin aus, daß für die Fortdauer der Wirkſamkeit der Geſetze die Vermuthung ſtreite. Die Aufhebung kann eine gänzliche oder theilweiſe ſein[2], je nachdem das alte Geſetz in ſeinem ganzen Umfang oder nur in beſtimmten Beziehungen aufgehoben wird. Sie iſt eine ſ. g. reine Aufhebung (Abſchaffung, Abrogation), wenn an die Stelle des abgeſchafften Geſetzes kein neues geſetzt wird; iſt letzteres der Fall, ſo ſpricht man von Abänderung (Derogation) des Geſetzes[3].

A. Zufolge innerer Erlöſchungsgründe hört ein Geſetz ganz oder theilweiſe auf, wenn jene Umſtände ſich verwirklichen an deren Eintritt das fragliche Geſetz ſelbſt das Aufhören ſeiner Wirk-

---

18) Vgl. Bergmann S. 68, Wächter S. 152 Nr. 3.

19) Ein Beiſpiel aus dem röm. Recht ſ. in l. 23 C. mand. (4, 35) (vgl. zu dieſer Stelle Bergmann Note 203); aus dem öſterr. Recht im Hofdecr. v. 15. Apr. 1828 (Michel Nr. 60).

1) So z. B. Holzſchuher Caſuiſtik I S. 25. Man beruft ſich in der Regel auf l. 27 C. de testam. (6, 23). — Lex semper loqui praesumitur.

2) Auch dieſe Verſchiedenheit im Umfang der Aufhebung pflegt man mit den Ausdrücken Abrogation und Derogation zu bezeichnen. Ulpiani Fragm. l. 31. 102 D. de V. S. Derogatur legi aut abrogatur; derogatur legi cum pars detrahitur, abrogatur legi cum prorsus tollitur.

3) l. 1 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2) und das Brocardicum lex posterior derogat priori. Mit Beziehung auf Ulp. l. c. pflegt man zwiſchen Abrogation, Derogation, Subrogation und Obrogation zu unterſcheiden.

samkeit ausdrücklich oder stillschweigend knüpft[4]. In diesen Fällen wird ein Gesetz durch sich selbst aufgehoben, da die ausdrücklichen oder stillschweigenden Voraussetzungen seiner Giltigkeit hinweggefallen sind. Hierher gehören folgende Fälle: 1) wenn das Gesetz auf eine bestimmte Zeit gegeben wurde, so hört es mit dem Ablauf der Zeit von selbst auf, z. B. ein Moratorium; 2) wenn der Gegenstand auf den es sich bezieht gar nicht mehr existirt oder doch nicht mehr in der Weise, wie ihn das Gesetz zu seiner Anwendbarkeit wesentlich voraussetzt, m. a. W. wenn die thatsächlichen Bedingungen und die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit für immer hinweggefallen sind[5]. 3) Die Aufgabe transitorischer Gesetze ist es den Übergang aus dem alten Rechtszustand in den neuen zu vermitteln; sie haben wie schon ihr Name andeutet eine bloß vorübergehende Wirksamkeit[6]. 4) Wenn der rechtliche Grundsatz aufhört von dem das fragliche Gesetz nur ein Folgesatz war, so muß das Gesetz sich von selbst aufheben, da mit dem Grund das Begründete hinwegfällt[7].

Dagegen ist ein Gesetz nicht schon dann und deßhalb für aufgehoben anzusehen, wenn und weil die Beweggründe hinweggefallen sind, welche den Gesetzgeber zur Erlassung des Gesetzes bestimmt haben und man annehmen zu dürfen glaubt, daß der Gesetzgeber bei den veränderten Umständen das fragliche Gesetz nicht gegeben haben würde.

---

4) Vgl. Mühlenbruch I §. 52, Thibaut System §. 39, Wächter II §. 27.

5) Solcher Aufhebungen bisher bestandener Gesetze gibt es in der neuesten Zeit gar viele; so z. B. sind die Bestimmungen des a. b. G. B., welche sich auf das nunmehr aufgehobene und für die Zukunft unzulässige bäuerliche Hörigkeits- und Unterthänigkeitsverhältniß beziehen mit diesem Verhältniß von selbst hinweggefallen (vgl. §. 41). Zum Überfluß sagt dieß ausdrücklich das Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen Art. VII Abs. 1.

6) Solche transitorische Gesetze sind abhängig von den Umständen und Bedürfnissen ihrer Zeit; sie werden oft mit schonender Rücksicht auf bestehende thatsächliche Verhältnisse getroffen und können daher in der Regel nicht dazu dienen, um allgemeine Grundsätze und bleibende Rechtsregeln aus ihnen zu entnehmen (vgl. Savigny Bd VIII. S. 398. 470. 474). Nur in jenen Fällen, wo sich die Bestimmung eines transitorischen Gesetzes offenbar als Ausfluß einer höhern allgemeinen Rechtsregel darstellt, hat dieselbe auch für alle übrigen Fälle maßgebend zu sein; einen Fall dieser Art s. in §. 21.

7) Vgl. hierüber insbes. Thibaut Log. Ausleg. §. 16 S. 58 fg. In diesem Sinn könnte man allerdings auf die Existenz des Gesetzes den Satz anwenden cessante ratione legis cessat lex ipsa; vgl. Wächter §. 27 Note 8.

So wie für die Anwendung eines Gesetzes auf einzelne Fälle die Regel cessante ratione legis cessat lex ipsa oft unrichtig aufgefaßt wird, so ist sie insbesondere in Beziehung auf die Existenz eines Gesetzes ganz falsch[8], da dieses im Willen des Gesetzgebers, nicht im Beweggrund zu diesem Willen seine verbindliche Kraft hat[9].

B. Ein Gesetz wird von außen aufgehoben, wenn ein neues Gesetz dasselbe aufhebt[10]. Diese gänzliche oder theilweise Aufhebung kann 1) eine ausdrückliche sein, indem das bisherige Gesetz geradezu für aufgehoben erklärt wird, oder 2) eine stillschweigende wenn das spätere Gesetz über denselben Gegenstand eine neue Bestimmung enthält, welche der im ältern Gesetz enthaltenen widerspricht: lex posterior derogat priori (cf. l. 4 D. de constit. princ. 1, 4). Die ausdrückliche Aufhebung ist überflüssig, wenn sich schon aus der Festsetzung einer neuen entgegenstehenden Norm von selbst ergibt, daß das frühere Gesetz als eine widersprechende Norm enthaltend nicht fortbestehen könne. Doch wird öfters der größern Bestimmtheit halber noch ausdrücklich das alte Gesetz aufgehoben[11]. — Wichtig ist hierbei die Bemerkung, daß das alte Gesetz erst mit dem Zeitpunkt seine Wirksamkeit verliert, mit welchem das neue Gesetz die seinige erhält, also nicht schon mit der Kundmachung dieses letztern, falls wie es bei uns jetzt die Regel ist eine vacatio legis stattfindet[12].

Der §. 9 des bürgerl. Gesetzb.[13] spricht nur von äußern Erlö-

---

8) Wohin man mit jener angeblichen Regel gelangte, das ersieht man insbes. aus Müller Observ. ad Leyserum observ. 340, welcher den Satz aufstellte, die Väter seien heutzutage nicht mehr verpflichtet ihren Töchtern eine dos zu geben, weil man gegenwärtig in der Regel die Mädchen nicht des Geldes wegen heirathe.

9) Vgl. insbes. Thibaut Log. Ausleg. §. 22 S. 104 fg. und System §. 39 Note n, Wächter II S. 162; auch Hufeland Geist des röm. Rechts I S. 198 fg., der aber S. 202 fg. wieder zu jener unrichtigen Regel zurückkehrt.

10) Eine Aufhebung durch Gewohnheitsrecht ist nach österr. Recht unmöglich, da überhaupt die Bildung eines solchen durch §. 10 a. b. G. B. abgeschnitten ist. — Daß selbst der Zusatz der s. g. clausula derogatoria nicht die rechtliche Möglichkeit benehme das alte Gesetz aufzuheben, versteht sich von selbst (Thibaut System §. 39, Puchta Vorles. I S. 42); ebensowenig ist im neuen Gesetz eine solche Beziehung auf jene Clausel nöthig, wie sie z. B. bei Testamenten in Ansehung der clausula cassatoria (§. 716 a. b. G. B.) stattfinden muß, obgleich ältere Schriftsteller (vgl. Thibaut §. 39 Note q) häufig jener Ansicht waren.

11) So z. B. im §. 15 des kais. Pat. v. 27. Dec. 1852 (Michel Nr. 15).

12) Vgl. §. 3 und Wächter S. 161.

13) „Gesetze behalten so lange ihre Kraft bis sie von dem Gesetzgeber abgeändert oder ausdrücklich aufgehoben werden."

schungsgründen; doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach österreichischem Recht die innern Erlöschungsgründe ihre volle Wirksamkeit äußern, da sich der Gesetzgeber in jenem Paragraph sicher die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte und über die Wirksamkeit jener Erlöschungsgründe alle Schriftsteller einig waren. Dagegen herrschte unter den ältern Schriftstellern darüber lebhafter Streit, ob mit dem Hinwegfall des Grundes (der ratio legis) auch das Gesetz von selbst aufgehoben sei[14], so wie darüber ob einem Gesetz durch Bildung eines neuen Gewohnheitsrechts ab- und derogirt werden könne[15]. Beides wollten die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches negiren. Um diese Negation recht kräftig auszusprechen, bedienten sie sich[16] des freilich minder passenden Wortes „ausdrücklich“[17], über welches nunmehr unsere Schriftsteller in unfruchtbare exegetische Controversen gerathen sind[18].

II. Umfang in welchem die Aufhebung wirkt.

§. 16. Wird ein bisher geltendes Gesetz aufgehoben, so entstehen die zwei wichtigen Fragen: 1) Wieweit wirkt die Aufhebung d. h.

14) Vgl. auch Glück Comment. I S. 349 u. 362. 363.

15) Vgl. hierüber insbes. Puchta Gewohnheitsrecht II S. 203 fg. Insbesondere neigte man sich früher sehr häufig der Ansicht zu, daß eine reine Aufhebung des Gesetzes durch Gewohnheitsrecht (desuetudo) zulässig sein sollte, während man sich gegen die Zulässigkeit einer consuetudo contraria legi (einer derogatorischen Gewohnheit) ziemlich allgemein erklärte.

16) Nach dem Vorbild des preuß. Landr. Einl. §. 59 mit welchem fast wörtlich §. 20 des I. Thls des westgal. Gesetzb. übereinstimmt.

17) Diese Erklärung ergibt sich auch schon aus Zeillers Motivirung des §. 9 (I S. 77) „Es kann der Gesetzgeber das Urtheil, ob und inwiefern ein Gesetz noch ferner bestehen soll, weder den Gerichtshöfen noch minder aber dem Willen des Volks, ob es dasselbe noch ferner beobachten oder außer Übung setzen wolle, Preis geben.“ Die im Text gegebene Erklärung findet sich schon bei Scheidlein Handb. des österr. Privatr. (1814) I S. 11 fg. — Wenn Wagner Quellenverhältniß d. bürg. Gesetzbuchs zu den besonderen Zweigen des Privatrechts (1818) S. 57. 58 hiegegen angeführt hat, daß in diesem Falle das Wort „ausdrücklich“ schon vor dem Wort „abändern“ stehen müßte, so ist dagegen zu bemerken, daß vorzüglich der älteren Ansicht von der desuetudo entgegengetreten werden sollte, da die Mehrzahl der ältern Schriftsteller ohnedieß die consuetudo contraria legi nicht anerkannte; vgl. Note 15.

18) Die Einen meinen „ausdrücklich aufgehoben“ bilde in dem Sinn den Gegensatz zu „abgeändert“ wie ausdrückliche Aufhebung zur stillschweigenden (s. z. B. Wagner a. a. O. S. 37 fg. 55 fg., Winiwarter I S. 89, Stubenrauch I S. 99. 100), die Andern wie gänzliche Aufhebung zur theilweisen (z. B. Zeiller I S. 76, Schuster I S. 172).

was gilt als aufgehoben? 2) In welchem Verhältniß ſteht das neue Recht zum aufgehobenen? Die zweite Frage wird im ſiebenten Capitel beſprochen werden; für die Löſung der erſten gelten folgende Grundſätze[1]:

1) Ein Geſetz gilt nur in ſo weit für aufgehoben als der eingetretene beſtimmte Erlöſchungsgrund reicht, alſo ſofern äußere Erlöſchungsgründe eintreten[2] inſoweit das neue Geſetz das alte ausdrücklich aufgehoben hat oder ſoweit der Inhalt des neuen Geſetzes mit dem alten in Widerſpruch ſteht. Iſt es im letztern Fall zweifelhaft inwieweit das neue Geſetz das alte aufheben wollte, ſo kommt der Grundſatz zur Anwendung, daß correctoriſche Geſetze ſtrict zu interpretiren ſeien, da Dasjenige was eine feſte Exiſtenz hat nur in ſo weit durch ein neues Entſtehendes aufgehoben werden kann als das Letztere ſelbſt in ſeiner Exiſtenz gewiß iſt[3].

2) Wird ein Geſetz aufgehoben, ſo ſind damit doch nicht von ſelbſt alle Ausnahmen aufgehoben, welche von jenem Geſetze beſtanden. In dieſer Beziehung iſt zu unterſcheiden[4]: a) Wird ein ganzes Rechtsinſtitut aufgehoben z. B. die Geſchlechtsvormundſchaft, die weiblichen Rechtswohlthaten u. dgl., ſo fallen mit demſelben alle bisherigen Ausnahmen hinweg. b) Wird eine Regel aufgehoben und ihr Gegenſatz zur Regel erhoben, ſo fallen die frühern Ausnahmen von ſelbſt hinweg, da ſie nunmehr Fälle der Anwendung der Regel ſind[5].

---

1) Vgl. insbeſ. Donellus Comment. jur. civ. lib. I c. XIII §. 15—17 und die tüchtigen Ausführungen von Thibaut Civiliſtiſche Abhandlungen Nr. VII „Über das Verhältniß beſonderer Sätze des alten Rechts zu neuen Regeln" (S. 108—130). Thibauts Ausführungen folgt im Weſentlichen Wächter II §. 28; vgl. auch Schweppe I §. 18. — Unſere öſterr. Schriftſteller berühren dieſe wichtige Frage in der Regel gar nicht; nur bei Schuſter I S. 175. 176 findet ſich eine kurze Beſprechung eines einſchlagenden Punktes.

2) Denn nur in dieſer Beziehung können Zweifel entſtehen.

3) Vgl. Thibaut Syſtem §. 44 und oben in der Lehre von der Auslegung der Geſetze (§. 18). Wenn daher z. B. ein neues Geſetz die Regel, daß ein zur Todesſtrafe oder zum ſchweren Kerker verurtheilter Verbrecher kein Teſtament machen könne (§. 574 a. b. G. B.) aufheben würde, ſo würde hiermit jenen Perſonen doch nur das Recht eingeräumt, ihre Teſtamente in der geſetzlich vorgeſchriebenen Form zu errichten; vgl. l. 35 C. de inoff. testam. (3, 28).

4) Vgl. Wächter S. 163 fg.

5) Wenn z. B. ein neues Geſetz beſtimmen würde, daß die Frauen überhaupt zum Zeugniß bei Teſtamenten fähig ſeien, ſo würde die Ausnahme, die §. 597 vom §. 594 a. b. G. B. macht, als Beiſpiel unter die Regel fallen. (Das von Wächter sub b gegebene Beiſpiel gehört wohl richtiger sub a.)

c) Wenn ein neues Gesetz sich ganz absolut und als in allen Fällen geltend ankündigt, so muß es auch in allen Fällen zur Anwendung kommen und es ist daher die alte Regel sammt ihren Ausnahmen für aufgehoben anzusehen[6]. Daß Privilegien im engern Sinn auch in einem solchen Fall fortbestehen, ergibt sich daraus, daß diese eben keine objectiven Rechtsnormen, sondern lediglich individuelle Normirungen concreter Rechtsverhältnisse sind (c. 1 in VI. de const.). d) Kündigt sich das neue Gesetz nicht als ein absolut geltendes an, wollte also der Gesetzgeber bloß dasjenige aufheben was bisher als Regel galt, so fallen zwar mit der aufgehobenen Regel ihre Consequenzen, aber die bisherigen Ausnahmen bleiben fortbestehen[7]. Denn daraus daß der Gesetzgeber eben nur die alte Regel aufhob, ergibt es sich von selbst, daß nicht mehr als diese für aufgehoben angesehen werden dürfe, weil im Zweifel eine Aufhebung des bisherigen Gesetzes, also auch eine umfassendere Ausdehnung dieser Aufhebung nicht zu präsumiren ist[8]. e) Das sub d Entwickelte muß auch in jenen Fällen gelten, wo die Ausnahmen die von der alten Regel bestanden nicht gegenständlicher sondern örtlicher Natur waren; d. h. wenn ein von der im allgemeinen Landesgesetz (jus commune) festgesetzten Regel abweichendes Localgesetz (jus particulare) besteht und jene Regel durch ein neues jus commune geändert wird, so gilt im Zweifel das abweichende Localrecht als nicht geändert[9]. Neues gemeines Recht hebt daher älteres particuläres Recht nicht auf[10], wenn in ihm nicht ausnahmsweise als einem ab-

6) Mit Unrecht ist Thibaut in der angef. Abhandl. S. 127 anderer Ansicht; s. gegen ihn Wächter S. 164 Note 6 und Beseler I §. 23 Note 4. — Würde z. B. ein neues Gesetz erklären, daß Kinder aus jeder Putativehe als eheliche anzusehen seien, so wären damit die in §. 190 a. b. G. B. gemachten Ausnahmen aufgehoben.

7) l. 80 D. de R. J. In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est; vgl. insbes. Thibaut in der angef. Abhandl. S. 121 fg. und Savigny I S. 265.

8) Würde also z. B. ein neues Gesetz die Testamentsformen verändern, so blieben dennoch die Vorschriften über privilegirte Testamente (§. 597 fg.) fortbestehen; vgl. l. 44 D. de poen. (48, 19).

9) Vgl. Wächter II S. 165, Savigny I S. 289, Puchta Vorles. I S. 48. So z. B. bestehen in Österreich particularrechtliche Ausnahmen von der allgemeinen Regel des §. 1116 über den Aufkündigungstermin bei Bestandverträgen (Michel Nr. 1307 fg.); würde nun die im §. 1116 aufgestellte Regel modificirt z. B. an die Stelle des Aufkündigungstermins von 14 Tagen und 24 Stunden ein kürzerer oder längerer Termin gesetzt, so blieben dennoch jene Particularbestimmungen ungeändert fortbestehen.

10) c. 1 de constit. in VI (1, 2). Gemeines Recht kann partikuläres aufheben,

ſoluten dieſe Tendenz enthalten iſt[11]. f) Wiederholt ein neues Geſetz bloß die Regel des ältern Geſetzes ohne der Ausnahmen zu gedenken, ſo liegt in dieſer neuen Beſtätigung der alten Regel im Zweifel keine Aufhebung der alten Ausnahmen von derſelben.

3) Wird ein beſtimmter Rechtsgrundſatz aufgehoben, ſo müſſen auch alle Folgeſätze hinwegfallen, welche ſich aus jenem ergaben, da ſie als Begründetes mit ihrem Fundament ſtehen und fallen[12]. Wird dagegen der aufgehobene Rechtsgrundſatz wieder eingeführt, ſo leben alle reinen Folgeſätze von neuem auf, da ſie ſich als logiſche Conſequenzen aus jenem Satz von ſelbſt ergeben[13].

4) Eine beſondere Hervorhebung verdient jener Fall, wenn ein neues Geſetz einen bisher beſtandenen rechtlichen Unterſchied zwiſchen Perſonen oder Sachen aufhebt, welcher auf verſchiedene Theile des Rechts einen modificirenden Einfluß genommen hat. Wird jener Unterſchied aufgehoben, ſo müſſen auch alle durch denſelben bedingte Modificationen hinwegfallen; nur kann es hier öfters ſchwierig werden zu beſtimmen, ob und inwieweit eine beſtimmte Modification lediglich als die Folge des nunmehr aufgehobenen Unterſchiedes anzuſehen und daher als mit demſelben aufgehoben zu betrachten ſei[14]. — Hebt nun ein ſpäteres Geſetz jenes Geſetz, welches den rechtlichen Unterſchied aufhob, wieder auf, negirt alſo ein ſpäteres Geſetz die Negation des frühern Geſetzes und erkennt ſomit ganz allgemein das

---

nicht aber particuläres Recht gemeines; inſoweit das gemeine Recht das particuläre anerkennt, wird es durch letzteres nur in ſeiner Anwendung ausgeſchloſſen, nicht in ſeiner Exiſtenz aufgehoben (vgl. Puchta Vorleſ. I S. 43). Würde daher das particuläre Recht aufgehoben, z. B. die in der vor. Note angegebenen particular-rechtlichen Abweichungen von der Regel des §. 1116, ſo tritt damit von ſelbſt das gemeine Recht, alſo im gegebenen Beiſpiel die Beſtimmung des §. 1116, in Anwendung.

11) Beiſpiele dieſer Art ſ. in l. 26 §. 1 C. de usur. (4, 32) l. 3 §. 5 D. de sepulc. viol. 47, 12 (über letztere Stelle ſ. insbeſ. Savigny I S. 289 Note k und S. 422, womit Puchta Pandekt. §. 17 Note b übereinſtimmt; die Erklärung die Wächter II S. 165 Note 11 von dieſer Stelle gibt iſt wohl nicht richtig).

12) l. 147 D. de R. J. Semper specialia generalibus insunt. Vgl. insbeſ. Thibaut in der angef. Abh. S. 117 fg. und Log. Ausleg. §. 16.

13) l. 147 cit. Anders verhält es ſich mit den Ausnahmen. Hat ein neues Geſetz das alte mit ſeinen Ausnahmen aufgehoben und ſtellt ein neues Geſetz das alte wieder her, ſo leben damit nicht von ſelbſt die Ausnahmen auf; vgl. Thibaut in der angef. Abh. S. 123.

14) Beiſpiele ſ. unten in §. 30 u. 41.

Princip der aufgehobenen rechtlichen Differenz wieder an, so leben damit dennoch nicht von selbst alle früheren Modificationen und Beschränkungen auf, weil diese nicht logische Folgesätze aus einem Rechtsgrundsatz, sondern singuläre Rechtsbestimmungen sind, welche sich nur zu dem Gesammtresultat verbinden, daß eine rechtliche Differenz bestehe. Statuirt also das neue Gesetz nicht ausdrücklich neue Beschränkungen oder reprístinirt es nicht die älteren, so findet dennoch in concreto keine rechtliche Differenz statt, da es nur im Allgemeinen anerkannt ist daß eine solche bestehen solle, nicht aber gesagt ist worin sie bestehen solle[15]. — Überhaupt gilt allgemein der Grundsatz[16], daß durch die Aufhebung eines Gesetzes, welches ein älteres Gesetz aufhob, dieses nicht von selbst wieder auflebe, dafern nicht aus dem ausdrücklich oder stillschweigend[17] erklärten Willen des Gesetzgebers das Gegentheil zu entnehmen ist.

Sechstes Capitel.

Von der Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen.

I. Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen auf den Staat und auf das Staatsoberhaupt.

§. 17. I. Der Staat kann in privatrechtlichen Verhältnissen stehen[1]; diese können natürlicherweise nur vermögensrechtlicher Art sein. Der Staat nach seiner vermögensrechtlichen Seite betrachtet heißt Fiscus[2]. Auf den Fiscus sind die allgemeinen Privatrechtsnormen in Anwendung zu bringen, dafern nicht ausnahmweise ein

15) Einen wichtigen Fall dieser Art s. unten in §. 30.

16) Dieser Grundsatz ist besonders in neuester Zeit wichtig geworden, wo im raschen Wechsel politischer Strömungen heute ein Dogma abgeschafft wird, welches noch am gestrigen Tage als unaufhebbar hingestellt wurde.

17) Würde z. B. heute ein Gesetz erscheinen, welches die Vorschriften über die Nothwendigkeit des politischen Eheconsenses bei Judenehen aufhöbe und etliche Zeit darauf dieses Gesetz wieder aufgehoben, so läge darin eine stillschweigende Reprístinirung der aufgehobenen Vorschriften. — Daher ist die Art und Weise in der Stubenrauch I S. 376 jenen Satz aufstellt, wohl zu allgemein.

1) Über die juristische Persönlichkeit des Staats s. weiter unten in der Lehre von den juristischen Personen.

2) Über diesen Ausdruck vgl. Savigny System II S. 272—278.

beſonderes Recht (privilegia, jura fisci) für den Fiscus beſteht[3]. Dieſen Grundſatz ſpricht in Übereinſtimmung mit dem römiſchen Recht[4] das öſterreichiſche Geſetzbuch im §. 290 aus[5]. Die Ausnahmen vom gemeinen Recht[6], welche für den Fiscus gelten und deren es nach öſterreichiſchem Recht[7] nur wenige gibt, werden am entſprechenden Ort angegeben werden[8].

II. Nach öſterreichiſchem Recht[9] kann es zufolge der Beſtimmung der §§. 20 und 289 des bürgerl. Geſetzb. keinem Zweifel unterliegen, daß der Monarch den allgemeinen Privatrechtsgeſetzen unterworfen iſt. Auf den Kaiſer ſind daher in allen Rechtsverhältniſſen, in welchen es ſich nicht um die Stellung des Kaiſers als Oberhaupt des Staates handelt, die Grundſätze des allgemeinen Privatrechts in

---

3) Auf dieſe im Zweifel ſtattfindende Unterwerfung des Fiscus unter die gewöhnlichen Vermögensrechtsvorſchriften wird von manchen Schriftſtellern (z. B. Böcking I S. 244) der vielbeſprochene Satz bezogen l. 40 D. de jur. fisc. (49, 14) Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

4) l. 25 D. de pignor. (20, 1) l. 37 D. de jur. fisc. (49, 14) l. 3 C. de rescind. vendit. (4, 44) l. 3 C. de fiscal. usur. (10, 3) l. 2 C. ne uxor pro mar. (4, 12).

5) In dieſem Sinn hat auch das Hofdecr. v. 10. Decbr. 1819 (Anhang Nr. 4) vorgeſchrieben, daß die Bedingung der Verzichtleiſtung auf den Rechtsweg bei allen Verträgen zwiſchen Behörden und Privaten über den Verkauf oder die Verpachtung von Gütern oder Gefällen oder über Lieferungen nicht ſtattzufinden habe; vgl. Hofkzldecr. v. 29. Juni 1820. — Der Fiscus iſt daher auch den gewöhnlichen Gerichtsbehörden unterworfen; über den Gerichtsſtand des Fiscus ſ. Jurisd. Norm v. 20. Nov. 1852 §. 23.

6) Dieſe Ausnahmen ſind in der Regel Begünſtigungen z. B. längere Dauer der Verjährungs- und Erſitzungszeit gegen den Fiscus (§. 1472. 1485), geſetzliches Pfandrecht des Fiscus u. dgl. m. Doch fehlt es nach öſterr. Recht auch nicht an privilegiis odiosis des Fiscus, ſo z. B. ſteht der Fiscus mit den Forderungen der Strafgelder im Concurs hinter allen Gläubigern (Ob nach römiſchem Recht in dieſem Fall von einem privilegium odiosum die Rede ſein könne iſt beſtritten wegen l. 47 D. de jur. fisc. l. un. C. poen. fiscal. credit. 10, 7, vgl. mit l. 37 D. 49. 14; ſ. einerſeits Mühlenbruch I §. 202 a. E. und Note 12, andrerſeits Puchta Pand. §. 248 Note g).

7) Über den römiſchen Fiscus und deſſen zahlreiche Privilegien vgl. Savigny II §. 104, Mühlenbruch I §. 202, Schilling II §. 48, Böcking I §. 65, Heimbach im R. L. Bd. IV S. 297—368.

8) Die Rechte, welche dem Fiscus in Folge des ſ. g. dominium eminens und aus den ſ. g. niedern Regalien zuſtehen, ferner das Recht des Fiscus auf bona vacantia u. dgl. m. gehören nicht an dieſen Ort.

9) Nach gemeinem Recht iſt wegen der ſchwankenden Ausſprüche des römiſchen Rechts (vgl. einerſeits l. 31 D. de leg. 1, 3, andrerſeits l. 4 D. eod. tit. 1, 14) dieſe Frage lebhaft beſtritten; vgl. Sintenis I §. 7 Note 47.

Anwendung zu bringen, dafern nicht wie z. B. über den Termin der Volljährigkeit, die ausgedehnte Gewalt des Kaisers über die Mitglieder der kaiserlichen Familie, die Vormundschaft u. dgl. besondere Gesetze (s. g. Hausgesetze[10], Privatfürstenrecht[11]) bestehen[12]. Daher sind insbesondere alle Fragen, welche die Vermögensverhältnisse des Monarchen betreffen, mag es sich nun um Verkehrsverhältnisse unter Lebenden oder um das Erbrecht handeln, nach dem allgemeinen Privatrecht zu beurtheilen. So z. B. bleibt ein Testament ungiltig mag auch der Kaiser darin zum Erben eingesetzt sein, wenn die vorgeschriebenen gesetzlichen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden; dem Kaiser erwächst aus einem mündlichen Schenkungsversprechen so wenig wie dem Privatmann ein Klagerecht; ein Verkauf an den Kaiser kann wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden; die Ersitzung und Verjährung findet gegen den Kaiser wie gegen andere Privatpersonen statt; beim Tode des Kaisers entscheidet sich die Erbfolge in sein Privatvermögen ganz nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Erbfolge, sowohl in Ansehung der Frage wer seine Erben seien als wie die Erben diese Erbschaft zu erwerben haben und in welchem Rechtsverhältniß sie zu den Erbschaftsgläubigern und Legataren stehen u. dgl. m.[13]. Insofern aber der Kaiser Privatpersonen von den Privatrechtsgesetzen dispensiren kann, kann er auch sich selbst dispensiren und eine solche Dispensation ist ohne Zweifel in jenen Fällen anzunehmen, wo die vom Kaiser vorgenommene Privatrechtshandlung ohne Dispensation ungiltig wäre, z. B. der Kaiser errichtet ein Testament ohne Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten[14].

Der Kaiser ist als Privatperson den österreichischen Civilgerichten unterworfen (§. 20 a. b. G. B.); privatrechtliche Ansprüche gegen ihn

---

10) Vgl. Nippel Erläuter. I S. 440, Stubenrauch I S. 422—424.

11) Über das Privatfürstenrecht vgl. auch Kohler Handb. d. deutschen Privatfürstenrechts (1882).

12) Die Privilegien welche dem Fiscus zustehen kommen nach österr. Recht dem Kaiser und seiner Gemahlin nicht zu; anders nach römischem Recht (l. 6 §. 1 D. de jure fisc. 49, 14 §. 14 I. de usucap. 2, 6 l. 8 C. de quadr. praesc 7, 37) und nach gemeinem Recht vgl. Sintinis in der angef. Note 47 a. E., Wächter II S. 77.

13) Der §. 20 a. b. G. B. ist ganz eng, da er bloß von „Rechtsgeschäften und von den im bürgerl. Recht gegründeten Erwerbungsarten" spricht, während doch gewiß die allgemeinen Privatrechtsgrundsätze auch in Ansehung des Verlusts der dem Kaiser zustehenden Privatrechte zur Anwendung kommen.

14) Vgl. Zeiller I S. 103, Schuster I S. 276, Stubenrauch I S. 424.

können sowohl mit persönlichen als dinglichen Klagen geltend gemacht werden: nur besteht für den Kaiser wie überhaupt für die Mitglieder der kaiserlichen Familie ein besonderer Gerichtsstand[15]. Dagegen läßt sich aber in Beziehung auf die persönliche Unverletzlichkeit des Kaisers dessen Privatperson von der öffentlichen nicht trennen und es wird daher in allen Fällen, wo sonst ein civilgerichtliches Einschreiten unmittelbar gegen die Person zulässig ist, dieselbe im vorliegenden Falle unterbleiben müssen[16]. Daher findet z. B. gegen den Kaiser die Wechselstrenge wie überhaupt der persönliche Arrest nicht statt; ebensowenig können gegen den Kaiser Geldstrafen verhängt werden.

II. Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen auf Einheimische und Fremde.

§. 18. I. Die Privatrechtsnormen verbinden innerhalb des österreichischen Staatsgebietes alle Staatsangehörigen der österreichischen Monarchie (§. 4 a. b. G. B. Art. VII des Kundmachungspat. v. 1811). Zum österreichischen Staatsgebiet gehören nach völkerrechtlichen Grundsätzen jene österreichischen Schiffe, welche sich auf offener See befinden oder unter die Kategorie der Kriegsschiffe fallen, während ein österreichisches Handelsschiff auf fremdem unterworfenem Meer nicht als österreichisches Gebiet zu betrachten ist[1]. — Zufolge des Hofkzldecrets v. 15. Decbr. 1838 (Niederösterr. Provinz. G. S. Bd XX S. 1058) stehen auch die in den Gebäuden der deutschen Ordenscommende zu Frankfurt a. M. wohnenden österreichischen Unterthanen d. i. alle im wirklichen Dienst des deutschen Ordens stehenden Personen sammt ihren Angehörigen, insofern letztere nach den österreichischen Gesetzen dem Gerichtsstand des Familienoberhauptes folgen, unter den Privatrechtsnormen des österreichischen Rechts.

II. Die Frage, ob und inwieweit das österreichische Privatrecht auch auf Fremde anzuwenden sei, hängt von der Lösung zweier anderer Fragen ab; einmal von der Beantwortung der Frage, welches örtliche Recht überhaupt zur Anwendung zu kommen habe und dann

---

15) Jurisdikt. Norm v. 20. Nov. 1852 Art. V.

16) Vgl. Wächter II S. 75, Reyscher I §. 197.

1) Vgl. Heffter Das europäische Völkerrecht der Gegenwart (1844) §. 78. fg. Stubenrauch I S. 75. 76.

von der Lösung der Frage, welchen Einfluß die Staatsbürgerschaft resp. der Mangel derselben auf die privatrechtliche Stellung einer Person habe. Über diese beiden Fragen wird später gehandelt werden.

III. Anwendbarkeit der Gesetze auf Rechtsunwissende.

§. 19. Sobald ein Gesetz gehörig kundgemacht ist, kann die Anwendung desselben nicht abhängig sein von der Kenntniß Jener, deren Rechtsverhältnisse das Gesetz zu regeln bestimmt ist[1]. Ist die objective Rechtsnorm einmal in der vorgeschriebenen Weise erkennbar gemacht worden, so ist es auch Pflicht eines Jeden die erkennbar gemachte Rechtsnorm wirklich zu erkennen[2] d. h. sich sowohl die Kenntniß des Rechtssatzes überhaupt als auch die richtige Kenntniß desselben nöthigenfalls durch Einholung der erforderlichen Belehrung zu verschaffen[3]. Wer dieß unterläßt, der hat sich selbst die nachtheiligen Folgen zuzuschreiben, welche aus der in Unkunde des Rechts (ignorantia juris) unternommenen Handlung für ihn entspringen können (§. 2 a. b. G. B.[4]). Auch gibt es nach österreichischem Recht nicht so wie nach römischem Recht[5] gewisse Classen von Personen, denen stets oder in besondern Fällen die Rechtsunwissenheit und der ihr überall gleichstehende Rechtsirrthum nachgesehen würde[6]. Das Gesetz tritt daher in der Regel mit allen seinen Folgen in Wirksamkeit ohne weitere Rücksicht darauf, ob Jene, auf welche es angewendet werden soll, dasselbe kannten oder ob sie es nicht gehörig oder gar nicht kannten. Daß diese Regel in jenen Fällen Anwendung finde, wo die Entste-

---

1) Vgl. Sintenis Prakt. Civilrecht I §. 8, Böcking Pandekt. I §. 97.

2) l. 12 C. de jur. et fact. ignor. (1, 18) Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus. l. 9 C. de leg. (1, 14) Leges sacratissimae quae constringunt hominum vitas intelligi ab omnibus debent.

3) l. 2 D. de ignor. jur. et fact. (22, 6) In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum jus finitum et possit esse et debeat — cf. l. 9 §. 3 eod.

4) l. 9 pr. D. eod. tit. Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere. — Der gleiche Grundsatz gilt im Strafrecht, §. 3 des Strafges. v. 27. Mai 1852; vgl. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd II „Über ignorantia facti et juris" S. 399—408.

5) Vgl. hierüber Mühlenbruch a. a. O. S. 434 fg.. Savigny System III S. 429 fg.

6) Vgl. Zeiller Jährl. Beiträge Bd IV S. 84 fg. Comment. I S. 34—36. Vgl. auch Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht I Nr. IV „Über die Wirkungen der Unkunde des Rechts in Ansehung bestimmter Menschenclassen."

hung oder der Untergang eines Rechts schon an und für sich vom Bewußtsein und der Thätigkeit der betreffenden Person völlig unabhängig ist, versteht sich von selbst[7] und die Frage über die Wirkung des Rechtsirrthums und der Rechtsunwissenheit hat in dieser Richtung kein besonderes Interesse[8]. Dagegen wird diese Frage in den übrigen Fällen wichtig, in welchen zum Entstehen oder Untergehen eines Rechts das Bewußtsein und die Thätigkeit der Parteien erforderlich ist, mag letztere nun in einem positiven Handeln oder in einem Unterlassen bestehen. Die Frage gestaltet sich somit dahin, ob aus den betreffenden Handlungen und Unterlassungen der Parteien die der Vorschrift des Gesetzes entsprechenden Folgen deßhalb gar nicht oder doch nur modificirt eintreten, weil die Parteien das Gesetz, unter welchem ihre Handlung steht, gar nicht oder nicht gehörig kannten? Mit dieser schärferen Fassung der Frage ist für dieselbe sofort ein neuer und umfassenderer Gesichtspunkt gewonnen. Die vorliegende Frage geht nemlich in der höheren Frage auf, inwiefern der Irrthum überhaupt, sei er nun Rechts- oder Thatirrthum, auf die Folgen der im Irrthum unternommenen Handlung von Einfluß ist. Diese Frage kann erst später in der Lehre von der Willensbestimmung ihre Lösung finden[9].

Siebentes Capitel.

Von den zeitlichen und örtlichen Grenzen der Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen.

I. Von den zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse[1].

A. Leitende Grundsätze.

§. 20. Die Aufgabe ist folgende. Es erscheint ein Gesetz (oder ein Gesetzbuch), welches irgend etwas Neues bestimmt d. h. eine Be-

7) Vgl. insbes. Mühlenbruch a. a. O. S. 362 fg.

8) So z. B. haben die ehelichen und unehelichen Kinder Rechte, welche von deren Bewußtsein ganz unabhängig sind; so entstehen manche Obligationen ganz unabhängig vom Wissen und Wollen des Verpflichteten z. B. in den Fällen der §§. 1316. 1318. 1324 a. b. G. B., so wie in allen Fällen ubi ex re venit obligatio (l. 45 D. de O. et A. 44, 7); so ist mit manchen Forderungen z. B. der des Mündels gegen den Vormund ein privilegium exigendi verknüpft, welches ganz unabhängig davon eintritt, ob Jener dem die Forderung zusteht dieß wußte oder nicht.

9) Vgl. Sintenis a. a. O. Note 1.

4) A. D. Weber Über die Rückanwendung positiver Gesetze (1844), Heurst-

stimmung trifft, welche von der im bisherigen Gesetz getroffenen Bestimmung abweicht[2]. Es sind somit zwei Gesetze (oder Gesetzbücher) vorhanden, welche den nemlichen Gegenstand behandeln aber denselben in verschiedener Weise regeln, welche an dieselbe juristische Thatsache Folgen und Wirkungen verschiedener Art knüpfen. Es fragt sich nun, nach welchem dieser Gesetze sind die Folgen jener juristischen Thatsachen zu beurtheilen, welche noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes entstanden sind? Zur Lösung dieser Frage aus innern Gründen wird folgende Erwägung den Weg bahnen[3].

Das Gesetz hat die Tendenz die Lebensverhältnisse zu Rechtsverhältnissen zu erheben, die Beziehungen der Menschen nach bestimmten Grundsätzen zu regeln und zu normiren. Eine Beziehung zwischen Personen wird dadurch zur Rechtsbeziehung, ein Verhältniß dadurch zu einem Rechtsverhältniß, daß es unter ein bestimmtes Gesetz tritt. Es tritt aber unter ein bestimmtes Gesetz sofort mit seinem Entstehen, und die Thätigkeit des später angerufenen Richters besteht nicht darin, das Recht erst zu geben, das Verhältniß erst zu einem rechtlichen zu machen, sondern darin das schon vorhandene Recht auszusprechen, für das Verhältniß die Norm zur Anwendung zu bringen, welche

---

dorff Über die zurückwirkende Kraft der Gesetze (1842), Borst Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse (1844), Bergmann Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1844), Georgii im civil. Archiv Bd III S. 145 fg., Gönner im Arch. für Gesetzgeb. I S. 149 fg., Reinhardt Ergänzungen zu Glück I S. 7 fg., Kierulff I S. 63 fg., Holzschuher Casuistik I S. 29—42, Wächter II S. 167 fg., Puchta Pandekt. §. 111 u. Vorles. I S. 221 fg., Beseler I §. 21, Savigny System VIII S. 368—540, Wangerow I S. 65 fg. Die oft bei dieser Lehre angeführte Abhandlung von Linde Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit neuer Gesetze über die Großjährigkeit in der Gießener Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß Bd V S. 153 fg. gehört nicht hierher, da sie eine ganz andere Frage behandelt. — Von österreichischen Schriftstellern s. Hüttner Über die rückwirkende Kraft der Gesetze zur Erläuterung des §. 5 des a. b. G. B. Wien 1847 (104 SS.; eine besonders mit Rücksicht auf die Zeit ihrer Abfassung sehr anerkennenswerthe Abhandl.), Herbst Zur Lehre von der Rückwirkung der Gesetze in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1844 I S. 344 fg. (ein unbedeutender Aufsatz). — Die ältere Literatur s. bei Thibaut System §. 26 Note d, Bergmann S. XXI fg., Reinhardt S. 7 fg. u. Hüttner S. 18 fg.

2) Nov. CXV. c. 1. — tametsi contigerit, postea legem promulgari novi aliquid disponentem. c. 2 X. de constitut. (1, 2) — quoties vero novum quid statuitur.

3) Vgl. über das Folgende insbes. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts (1852) Bd I Nr. VI „Zeitgrenze der Gesetzesanwendung" S. 137 fg.

dasſelbe bei deſſen Entſtehen zu einem Rechtsverhältniß gemacht hat[4]. Jede Thatſache hat alſo dadurch daß ſie eine juriſtiſche iſt, auch ſchon eine beſtimmte rechtliche Form und Geſtalt angenommen; es iſt ihr gleichſam der Stempel des Geſetzes aufgedrückt, das zur Zeit ihrer Entſtehung herrſchte. Es kann daher eine früher entſtandene juriſtiſche Thatſache, wenn ſpäter ein neues abweichendes Geſetz gegeben wird, von demſelben nicht getroffen werden, da ſie ihre Regel und Normirung ſchon in und mit ſich trägt. Aus dieſer Betrachtung ergibt ſich demnach zur Löſung der vorliegenden Frage die Regel, daß die Folgen und Wirkungen der unter der Herrſchaft eines früheren Geſetzes (oder Geſetzbuchs) entſtandenen Thatſachen (facta praeterita, negotia pendentia) nach den Geſetzen zu beurtheilen ſind, unter denen dieſe Thatſachen entſtanden[5]; eine Regel, welche man gewöhnlich in folgende Formeln faßt: Geſetze haben keine rückwirkende Kraft, und damit identiſch: Neue Geſetze laſſen erworbene Rechte (jura quaesita) unberührt[6].

Dieſe Regel wurde denn auch ſtets anerkannt. Sie iſt im römiſchen Recht entſchieden ausgeſprochen[7]; ſie iſt im canoniſchen Rechte zur Geltung gelangt[8]; ſie ward von der überwiegenden Mehrzahl der

---

4) l. 8 §. 4 D. si serv. vindic. (8, 5) — per sententiam non debet servitus constitui sed quae est declarari.

5) Was hier von neuen Geſetzen geſagt wird, gilt ebenſo von ſ. g. herſtellenden, reſtitutoriſchen Geſetzen, d. h. von Geſetzen, welche eine früher beſtandene und nachher abgeänderte Rechtsnorm wieder einführen; vgl. Bergmann S. 66. 204. Ein Beiſpiel eines ſolchen reſtitutoriſchen Geſetzes bietet die kaiſerl. Verordn. v. 2. Oct. 1853 über die Beſitzfähigkeit der Juden.

6) Puchta Vorleſ. I S. 223 will in dieſer zweiten Formel einen von dem in der erſten Formel ausgeſprochenen verſchiedenen ſelbſtändigen Grundſatz enthalten ſehen; vgl. aber dagegen Savigny S. 384 fg. Puchta's Anſicht iſt neuerdings von Scheurl in der angef. Abh. vertheidigt worden, aber in einer Weiſe, welche wohl nicht überzeugend genannt werden dürfte; doch hat Rudorff in der 7. Auflage von Puchta's Pandekt. §. 111 Note a Scheurl's Anſicht adoptirt.

7) Schon bei Cicero in Verrem I 42 findet ſich dieſe Regel ausgeſprochen: De jure civili si quis novi quid instituit is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur. l. 7 C. de leg. (1, 14) Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Andere Stellen ſ. bei Bergmann S. 70 fg., Savigny §. 386 Note c. d.

8) Die l. 7 C. cit. iſt wörtlich übergegangen in c. 18 X. de constit. (1, 2) cf. c. 2 eod.

Schriftsteller[9] und von den Gerichten anerkannt und ging ebenso in die modernen Gesetzbücher über[10]. Die österreichische Gesetzgebung spricht diese Regel im Absatz V des Kundmachungspatents vom Jahr 1811, in einer wohl nicht glücklichen Fassung im §. 5 des a. b. G. B., endlich ganz neuerlich im Artikel XII des Einführungspatents des bürgerl. Gesetzb. für Ungarn und Siebenbürgen aus. Nur über den Grund jener Regel war man abweichender Ansicht, indem man den Satz bald wie ein keines Beweises bedürftiges Postulat aufstellte[11], bald demselben einen Schicklichkeits-[12] bald einen Sittlichkeits-

9) In neuerer Zeit wurde diese Regel von zwei Schriftstellern verworfen. So von Weber, der ausdrücklich behauptet (S. 44) „die Frage von erworbenen Rechten komme hier nicht in Betracht" und statt dessen die Regel aufstellt „insoferne das Geschehene nicht ungeschehen gemacht werden könne, in so ferne könne die frühere Handlung durch das spätere Gesetz nicht vernichtet werden." Weber's Theorie beruht auf seiner irrigen Auffassung des Begriffs eines jus quaesitum; vgl. gegen ihn Georgii in der angef. Abh. u. Savigny S. 403. Auch Bergmann behauptet im I. Buch seiner Schrift, daß nach der Natur der Sache neue Gesetze stets zurückwirken müßten, da „der Bürger im Staate die gerade jetzt geltenden Rechtsnormen als die vorzüglichsten und ausschließlich richtigen juristischen Wahrheiten der Gegenwart betrachten und daher (?) die Regulirung der gegenwärtigen Verhältnisse aus diesen Wahrheiten als höchstes Princip seiner Handlungen im juristischen Sinn anerkennen müsse" (S. 18). Bergmann ist somit der Ansicht, daß jedes neue Gesetz, weil es von dem Bürger als das bessere angesehen werden müsse, auch auf die bereits früher begründeten Rechtsverhältnisse zu beziehen sei und kommt zu dem Resultat, daß die Gesetze im Zweifel „das Dasein der Wirkungen der rechtlichen Verhältnisse nicht bloß die Begründung derselben normiren wollen." Gegen Bergmann s. Savigny S. 404 fg. — Reinhardt S. 9 verwirft jede Aufstellung allgemeiner Grundsätze und meint „es bleibe nichts übrig als hier ins Detail zu gehen."

10) Preuß. Landr. Einleit. §. 44; vgl. dazu Bornemann I S. 46—52, Koch I S. 118—125. — Cod. civ. a. 2 vgl. dazu Zachariä I §. 30. Schon im Josephin. Gesetzb. (I §. 7) wurde diese Regel ausgesprochen, jedoch mit Beschränkung auf die Ausschließung der s. g. indirecten Rückwirkung. Im westgaliz. Gesetzbuch I §. 47 ist diese Beschränkung mit Recht bereits hinweggefallen.

11) So heißt es in Nov. 66 c. 1 §. 1 i. f. et §. 5. Erit namque absurdum ut quod factum est recte ex eo, quod tunc non erat factum, postea mutetur.

12) So z. B. Bergmann im II. Buch seiner Schrift, wo er die positiven Rechte bespricht (S. 93 fg.); vgl. auch Hüttner S. 35. Auch an petitiones principii hat es nicht gefehlt; so führt Hüttner auch noch den Grund für die Nichtrückwirkung der Gesetze an, „daß der Gesetzgeber bei der Erlassung des alten nun wieder aufgehobenen Gesetzes das Versprechen von sich gab (wann, wem und wo?) jede diesem Gesetz entsprechende Erwerbung eines Rechts aufrecht zu erhalten und zu schützen; der Unterthan, der im Vertrauen auf diese Erklärung Rechte übertrug und erwarb, würde in seiner gerechten Erwartung getäuscht werden, wenn der Regent diese Rechte nicht anerkennen und schützen würde." Dann enthielte ja aber die Rückwirkungsclausel einen ungerechtfertigten Vertragsbruch! —

grund[13] unterſchob: ja man hat ſogar den Rechtsgrund desſelben förmlich in Abrede geſtellt[14].

Geſetze haben keine rückwirkende Kraft d. h. das neue Geſetz zieht die Folgen und Wirkungen der bereits entſtandenen juriſtiſchen Thatſachen nicht unter ſeine Herrſchaft. Dieſe Folgen können zweifacher Art ſein[15]: erſtens Folgen, die von der Zeit der Herrſchaft des neuen Geſetzes an eintreten; zweitens Folgen, welche in die Zwiſchenzeit zwiſchen die Entſtehung der juriſtiſchen Thatſache und das neue Geſetz fallen[16]. Das neue Geſetz nimmt auf beide Arten der Folgen keinen Einfluß. Wenn demnach unter der Herrſchaft des alten Geſetzes, welches 8 Procent zu nehmen geſtattete, ſo hohe Zinſen ausbedungen wurden und ein neues Geſetz ſetzt 6 Procent als das höchſte erlaubte Maß des Zinsfußes feſt, ſo kann der Gläubiger ſowohl die vor dem Erſcheinen des neuen Geſetzes bereits fällig gewordenen 8procentigen Zinſen einklagen, als auch die unter der Herrſchaft des neuen Geſetzes fällig gewordenen zu 8 vom Hundert eintreiben. — Unter den *juriſtiſchen Thatſachen*, auf welche das neue Geſetz nicht zurückwirkt, ſind alle Thatſachen zu verſtehen, welche für das Recht relevant alſo für die Entſtehung, Umänderung und Erlöſchung von Rechten von Bedeutung ſind[17]. Dieſe Thatſachen

---

13) So heißt es im canon. Recht zur Motivirung der Regel c. 2 X. cit. Rem quae culpa caret in damnum vocari non convenit. Hier wird der ethiſche Geſichtspunkt hervorgekehrt, während es mehr im vulgären Sinn im röm. Recht heißt l. 29 C. de testam. (6, 23) Quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem? cf. Nov. XXII c. 1. — Über dieſe älteren Rechtfertigungsverſuche vgl. *Kierulff* S. 64 in der Note*. — Auch bei *Savigny* findet ſich keine innere Rechtfertigung des Grundſatzes, ſondern bloß die Verſicherung, daß die Regel „höchſt wichtig und wünſchenswerth ſei" (S. 390. 391).

14) *Kierulff* S. 64 (dem *Beſeler* I S. 73 folgt) läugnet den *Rechtsgrund* dieſer Regel; er meint ſie ſei „ein juriſtiſcher Grundſatz, ein Grunddogma, welches lediglich einen Nützlichkeitsgrund über ſich habe, nicht aber aus einem höhern juriſtiſchen Grund deducirt werden könne." Allein dieſe Anſicht entſpringt wohl aus *Kierulff's* irriger Grundanſicht, daß das Geſetz erſt durch den Ausſpruch des Richters concret verwirklicht werde"; vgl. übrigens den Widerſpruch bei *Kierulff* ſelbſt S. 66. 67.

15) Vgl. *Savigny* S. 382 fg.

16) Die ältere Doctrin pflegte hiernach zwiſchen *indirecter* und *directer* Rückwirkung zu unterſcheiden; vgl. *Hüttner* §. 4.

17) Über den Begriff der juriſtiſchen Thatſachen ſ. das Nähere im 2. Band.

werden in der Regel freie Handlungen sein[18] und zwar entweder Rechtsgeschäfte z. B. Verträge, Testamente oder sonstige juristische Handlungen, welche nicht unter den Begriff eines Rechtsgeschäfts fallen z. B. Beschädigung fremder Sachen, außerehelicher Beischlaf u. s. w. Sie können aber auch zufällige Ereignisse sein; so z. B. ist der Tod Grund der Delation des Erbrechts an eine bestimmte Person, die Alluvion Grund der Erwerbung von Eigenthum, der casuelle Untergang einer individuell bestimmten Sache Erlöschungsgrund der Verbindlichkeit des Schuldners u. dgl. m. Diese zufälligen Ereignisse stehen mit den freien Handlungen für den vorliegenden Fall auf gleicher Linie: auch auf juristische Thatsachen dieser Art findet die aufgestellte Regel ihre Anwendung[19]. Daß dieß auch für unser österreichisches Recht gelten müsse, ist unzweifelhaft und auch in der That nie bezweifelt worden, da der Gesetzgeber sich mit jenem Satze des §. 5 unstreitig die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte[20]. Daher ist aber der bezogene §. 5 zu eng gefaßt, indem er nur von „vorhergegangenen Handlungen" spricht, während sich die Regel doch unzweifelhaft auch auf vorher vorgefallene Begebenheiten bezieht: es ist im §. 5 nur von einer Partie der juristischen Thatsachen die Rede, während sich der Grundsatz doch auf alle juristischen Thatsachen bezieht[21]. Überhaupt aber dürfte der §. 5 was seine Fassung betrifft eben nicht besondere Anerkennung verdienen, denn abgesehen davon, daß er wie eben gezeigt wurde zu eng gefaßt ist, läßt sich das Wörtlein „daher" in demselben nicht vertheidigen; denn der zweite Satz dieses Paragraphs, welcher mit dem ersten Satz durch „daher" verbunden ist, enthält nicht Folge-

---

18) Daß die Handlungen, auf welche das neue Gesetz nicht zurückwirkt, unter der Herrschaft des alten Gesetzes nicht bloß begonnen, sondern auch vollendet worden sein müssen, verdiente keiner besondern Erwähnung, wenn nicht Schuster I S. 101. 102 die sonderbare Behauptung aufgestellt hätte, daß eine unter der Herrschaft des alten Gesetzes begonnene, unter der Herrschaft des neuen Gesetzes vollendete Handlung (z. B. die Errichtung eines Testaments) zum Theil nach dem älteren zum Theil nach dem neueren Gesetze zu beurtheilen sei; s. dagegen auch Winiwarter I S. 70. 71 und Stubenrauch I S. 87.

19) Vgl. Savigny §. 385 Note e und Wächter S. 174 lit. b.

20) Savigny S. 402.

21) Richtiger hieß es im westgaliz. Gesetzb. I §. 17: „Gesetze wirken nicht zurück: sie verbinden nur in Ansehung derjenigen Handlungen und Begebenheiten, welche nach ihrer Kundmachung vorgefallen sind —."

rungen aus einem leitenden Grundſatz, ſondern drückt nur mit andern Worten den gleichen Gedanken aus. „Geſetze wirken nicht zurück“ und „ſie haben auf vorhergegangene Handlungen keinen Einfluß“ ſind identiſche Sätze, welche wohl durch „das heißt“ nicht aber mit „daher“ verbunden werden können.

Neue Geſetze haben auf wohlerworbene Rechte (jura quaesita) keinen Einfluß. Unter wohlerworbenen Rechten ſind ſolche Rechte zu verſtehen, welche einer beſtimmten individuellen (phyſiſchen oder moraliſchen) Perſon in Folge eines Rechtsgrundes bereits zuſtehen oder mit einer Sache bereits verknüpft ſind[22]. Es ſind alſo unter wohlerworbenen Rechten (jura quaesita) 1) nur concrete wirklich exiſtent gewordene Rechte einer Perſon zu verſtehen, nicht aber die abſtracte allen oder einer Claſſe von Perſonen gegebene Möglichkeit gewiſſe Rechte zu erwerben oder gewiſſe Handlungen vorzunehmen, die zum Erwerb von Rechten führen. Dieſe abſtracte Befugniß, durch die Verwirklichung gewiſſer Vorausſetzungen ein Recht zu erwerben, iſt wandelbar mit der Geſetzgebung ſelbſt, welche deren einzige Quelle iſt[23]. Wenn daher z. B. durch ein neues Geſetz ein Vertrag verboten wird, der unter der Herrſchaft des alten Geſetzes geſchloſſen werden konnte, ſo bleibt zwar der unter der Herrſchaft des alten Geſetzes bereits wirklich abgeſchloſſene Vertrag rechtsgiltig und es treten alle Wirkungen und Folgen desſelben ein, wie ſie das alte Geſetz normirte, allein unter der Herrſchaft des neuen Geſetzes kann ein ſolcher Vertrag nicht giltig eingegangen werden[24].

2) Ebenſo verhält es ſich mit jenen Befugniſſen, welche beſtimmten Claſſen von Perſonen oder Sachen aus einem ſingulären Rechtsſatze zuſtehen[25]. Inſoweit nemlich das alte Geſetz einer ganzen

---

22) Auf den Begriff eines wohlerworbenen Rechts kommt in dieſer Lehre Alles an; es iſt daher verſucht worden, dieſen Begriff ſchärfer zu faſſen und genauer zu beſtimmen, als es gewöhnlich geſchieht. — Schuſter (I S. 84) meint, daß unter erworbenen Rechten „in der Geſetzesſprache“ nur jene zu verſtehen ſeien, welche bereits eingeklagt werden können, daß aber im §. 5 dieſer Ausdruck „auf jene Gerechtſame auszudehnen ſei, deren Quelle ein früheres Geſetz iſt“ (S. 86); von dieſer irrigen Grundanſicht kommt Schuſter zu nicht minder irrigen Reſultaten.

23) Vgl. Wächter S. 176 fg., Savigny S. 385. 386, Bergmann §. 20, Hüttner §. 5.

24) So z. B. verhält es ſich mit einem pactum antichreticum, je nachdem es vor oder nach der Einführung des bürgerl. Geſetzb. (§. 1372) geſchloſſen wurde.

25) Vgl. Wächter S. 182 fg.

Claſſe von Perſonen oder Sachen in abstracto ein Befugniß einräumt und das neue Geſetz dasſelbe benimmt, erſtreckt ſich die Beſtimmung des neuen Geſetzes ſofort auf alle Perſonen oder Sachen, die zu jener Claſſe gehören, nicht etwa erſt auf die künftig lebenden Perſonen oder die künftig exiſtent werdenden Sachen. Jene concreten Rechte aber, welche einer zu jener Claſſe gehörigen Perſon oder Sache unter der Herrſchaft des alten Geſetzes bereits erworben waren, bleiben unberührt durch das neue Geſetz [26]. Trifft umgekehrt ein neues Geſetz für eine gewiſſe Claſſe von Perſonen oder Sachen eine ſinguläre Norm, ſei dieſe nun eine odioſe oder eine günſtige, ſo findet es ſofort Anwendung auf alle zu jener Claſſe gehörigen Perſonen und Sachen.

3) Eine weitere Folge aus dem aufgeſtellten Grundſatz, daß nur wohlerworbene Rechte geſchützt werden ſollen, beſteht darin, daß bloße Erwartungen und Hoffnungen keinen Anſpruch auf Schutz haben, daß auf ſie daher ſofort das neue Geſetz zur Anwendung gebracht werden muß [27]. Wenn z. B. nach den Beſtimmungen des alten Geſetzes die Inteſtaterbfolge in anderer Ordnung ſtattfindet als nach dem neuen Geſetz, ſo haben zwar die nach dem alten Geſetz zunächſt berufenen Verwandten eine gegründete Hoffnung und Erwartung auf den Erwerb der Erbſchaft; allein eben nicht mehr als eine bloße Erwartung, welche ihnen vereitelt wird, wenn der Erblaſſer erſt unter der Herrſchaft des neuen Geſetzes ſtirbt. — Rechte, welche an eine

---

26) Vgl. Kierulff I S. 50 und S. 68 insbeſ. Note ** und Bergmann S. 414 fg. — Wenn daher unter der Herrſchaft des weſtgaliz. Geſetzb., welches dem Minderjährigen das benef. restit. in integrum einräumt (III §. 633 fg.), ein Minderjähriger aus einem Rechtsgeſchäft einen Nachtheil erlitten hatte, ſo konnte er dieſes Rechtsmittel auch unter der Herrſchaft des Geſetzb. v. Jahr 1811 geltend machen, obgleich dieſes Geſetzb. jene Rechtswohlthat aufhob (§. 1450). Durch das neue Geſetz wurde ſomit das bereits concret gewordene einzelne Reſtitutionsrecht nicht betroffen; dagegen konnte der Minderjährige in Anſehung ſolcher Rechtsgeſchäfte, welche erſt unter der Herrſchaft des bürgerl. Geſetzb. vorgenommen wurden, ſich jenes Rechtsmittels nicht bedienen. — In gleicher Weiſe iſt der Fall zu entſcheiden, wenn etwa ein neues Geſetz die 20jährige Steuerfreiheit neuer Häuſer aufhöbe.

27) Vgl. Savigny S. 386 fg. Ganz mit Unrecht behauptet Bergmann S. 92 ff., daß nach den Beſtimmungen des römiſchen Rechts auch bloße Erwartungen geſchützt werden. Ihm folgt Schweppe I §. 8. 8a, deſſen Darſtellung überhaupt ſehr unbefriedigend iſt.

Bedingung oder an eine Zeitbestimmung geknüpft sind, gehören nicht in die Kategorie bloßer Erwartungen und Hoffnungen. Was zunächst die betagten Rechtsgeschäfte betrifft, so ist ohnedieß das zugesagte Recht bereits fest erworben: nur die Ausübung desselben ist auf einen bestimmten Termin hinausgeschoben[28]. Rechte, welche an eine Bedingung geknüpft sind, sind zwar vor dem Eintritte der Bedingung noch nicht erworben: ihre Existenz ist, solange die Bedingung schwebt, völlig ungewiß[29]. Aber das concrete Rechtsverhältniß selbst, durch welches an die beigefügte Bedingung der Erwerb des Rechtes geknüpft ist, ist ein feststehendes; aus ihm ist bereits ein bestimmtes Recht auf einen wenngleich noch von ungewissen Ereignissen abhängigen Erwerb begründet[30]. Wird die Bedingung verwirklicht, so ist die Thatsache, worauf das nunmehr erworbene Recht sich gründet, eben das unter der Herrschaft des alten Gesetzes eingegangene Rechtsgeschäft und auf dieses als den Anfangspunkt[31] muß bei der rechtlichen Beurtheilung des Geschäfts gesehen werden[32].

---

28) Vgl. §. 705 a. b. G. B. und das Nähere im 2. Bd.

29) Daraus erklärt sich die Bestimmung des §. 1434 a. b. G. B. Das Nähere hierüber im 2. Band; hier mag vorderhand die Bemerkung Platz finden, daß unsere österr. Schriftsteller in der Regel diesen wichtigen principiellen Unterschied zwischen dies und conditio übersehen.

30) Daher geht das bedingte Rechtsgeschäft auf die Erben über §. 900 a. b. G. B. cf. l. 57 D. de V. O. Vgl. Savigny S. 387, Wächter S. 472 insbes. Note 8.

31) l. 8 pr. D. mandat. (47, 1) — uniuscujusque enim contractus initium spectandum. l. 58 §. 2 D. pro soc. (17, 2).

32) Eben deßhalb setzt die Nichtanwendung des neuen Gesetzes die Retrotraction der Bedingung voraus (Savigny S. 287). Würde nach der Intention der Parteien das bedingte Rechtsgeschäft ausnahmsweise als erst mit der Erfüllung der Bedingung eingegangen anzusehen sein, dann müßte allerdings das neue Gesetz sofort zur Anwendung kommen, wenn die Bedingung erst unter der Herrschaft desselben in Erfüllung ging. — Die im Text gegebene Darstellung setzt daher voraus, daß auch nach österr. Recht die erfüllte Bedingung in der Regel retrotrahirt werde. Der Beweis für diese Behauptung, welche der von allen unseren Schriftstellern aufgestellten Ansicht geradezu entgegengesetzt ist, kann erst später in der Lehre von der Bedingung geführt werden. Hier genüge es zu bemerken, daß es völlig inconsequent ist, wenn unsere Schriftsteller dennoch behaupten, daß das neue Gesetz auf das unter der Herrschaft des alten Gesetzes bedingt geschlossene Rechtsgeschäft unanwendbar sei, wenngleich die Bedingung erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes in Erfüllung ging. Vgl. vor Allen Schuster I S. 90, bei dem sich eine Erkenntniß dieses Widerspruchs findet, welchen er auch, aber auf ganz unbefriedigende Weise, zu lösen versucht. Dasjenige, was Winiwarter I S. 69 sagt, lehrt wie wenig man sich bisher das Wesen der Bedingung klar gemacht hat.

4) Damit das Recht ein wohlerworbenes sei und daher vom neuen Gesetze nicht getroffen werde, muß es auf einem bestimmten Rechtsgrunde beruhen. Wenn daher z. B. ein neues Gesetz verordnete, daß gewisse bisher zum öffentlichen Gebrauch bestimmte Plätze diesem entzogen würden, so kann Niemand über eine Verletzung seines Rechtes klagen und in jener Bestimmung durchaus nicht eine Ausnahme von der geltenden Regel gesehen werden.

5) Jene gesetzlichen Bestimmungen, welche den Zustand der Person an sich betreffen, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit normiren, gewähren der betreffenden Person niemals ein jus quaesitum. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person ist nur die Voraussetzung, um Rechte haben und erwerben zu können; die Persönlichkeit selbst ist kein Recht, sie ist nur die Möglichkeit alles subjectiven Rechts, das Element, welches alles Recht durchzieht (vgl. unten §. 24 u. 60). Daher richtet sich der Kreis der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person stets nach den eben herrschenden Gesetzen. Die gewöhnlich angenommenen s. g. Personen- (Zustands-, Status-) Rechte (vgl. unten §. 60) stehen und fallen also mit dem Gesetz und es bedarf einer speciellen Bestimmung des neuen Gesetzes, wenn es nicht auf alle vorhandenen Personen sofort angewendet werden soll[33].

Winiwarter motivirt seine mit der im Text gegebenen übereinstimmende Entscheidung folgendermaßen: „Auch hier war das Recht, obgleich nur bedingt, schon erworben (?); durch die Erfüllung der Bedingung geht das bedingte Recht in ein absolutes (!) über und es kann nun so ausgeübt werden als ob es gleich ursprünglich unbedingt erworben, aber der Zahlungstag aufgeschoben gewesen wäre" (!).

33) Im Resultat stimmen alle Schriftsteller überein, ihre Begründung aber ist abweichend von der hier gegebenen. Die Meisten pflegen jene Entscheidung damit zu motiviren, daß sie sagen, es handle sich um Befugnisse abstracter Natur, welche deßhalb nicht als concrete wohlerworbene Rechte anzusehen und zu schützen seien (vgl. z. B. Savigny S. 414) und rechnen diesen Fall zu den im Text sub 4 und 2 aufgestellten (so z. B. Wächter a. a. O.). Allein jedes abstracte Befugniß kann in ein concretes Recht übergehen; hier soll man es aber mit einem abstracten Befugniß zu thun haben, welches in der That niemals concret werden kann. Diese Erwägung muß dahin führen, daß es sich hier in der That gar nicht um ein Privatrecht handle, und man kommt auch von dieser Seite aus zur Erkenntniß, daß es s. g. Personenrechte gar nicht gibt vgl. §. 60. — Nicht leicht begreiflich ist es, wie Savigny die Regeln über die Einwirkung neuer Gesetze auf den Zustand der Person an sich unter die Kategorie „Erwerb von Rechten" stellen konnte (§. 389 S. 414 fg.), da es hier einerseits überhaupt an Rechten fehlt, welche erworben werden könnten, und da andererseits die Aufhebung der Geschlechts-

In Anſehung der Anwendung der Regel, daß neue Geſetze wohlerworbene Rechte unberührt laſſen, iſt es gleichgiltig ob, wie man gewöhnlich zu unterſcheiden pflegt, das ſubjective Recht unmittelbar aus dem Geſetz entſteht oder ob es aus einem vorhergegangenen Rechtsgeſchäfte entſpringt[34]. Denn dieſe Eintheilung iſt, wie ſpäter gezeigt werden wird, überhaupt innerlich haltlos, da es auch in ſolchen Fällen, in welchen jene Theorie unmittelbar aus dem Geſetz ein Recht entſpringen läßt, noch erſt einer vermittelnden Thatſache bedarf, an deren Eintritt das Geſetz die betreffende Wirkung knüpft, wie z. B. bei einer Geſchäftsführung ohne Auftrag an die ſtattgefundene Geſtion. Unſere öſterreichiſchen Schriftſteller[35] ſtützen ſich gewöhnlich für die fragliche Unterſcheidung noch insbeſondere auf die Worte des §. 5 „und bereits erworbene Rechte", indem ſie behaupten, daß die vorhergehenden Worte „auf vorhergegangene Handlungen" auf Rechte zu beziehen ſeien, welche aus Rechtsgeſchäften hervorgehen, und daß die darauf folgenden Worte daher nur von jenen Rechten verſtanden werden könnten, welche unmittelbar aus dem Geſetz entſprängen. Allein dieſer Erklärungsverſuch iſt nur durch die Einſeitigkeit der exegetiſchen Methode hervorgerufen, welche zu dem Beſtreben führt, aus jedem Wortlaute eines Geſetzesparagraphen eine beſondere Unterſcheidung herauszudeuten. Der Begriff eines erworbenen Rechtes (jus quaesitum) bezieht ſich nemlich ganz gut auch auf die vorhergegangenen Handlungen, inſoweit auch aus ihnen Rechte erworben werden können und vor der Einführung des neuen Geſetzes auch wirklich bereits erworben worden ſind. Wollte man die erworbenen Rechte in der

---

vormundſchaft (S. 417) die Einführung der Prodigalitätserklärung (S. 419) u. dgl. vielmehr das „Daſein der Rechte", die Exiſtenz das So- oder Andersſein eines Rechtsinſtituts betrifft; vgl. auch Note 40.

34) Manche ältere Schriftſteller haben behaupten wollen, daß jene Rechte, welche angeblich unmittelbar aus dem Geſetz entſpringen, mit dieſem ſelbſt ſtünden und fielen und daß der Begriff eines jus quaesitum auf ſie nicht anzuwenden ſei (vgl. Hüttner S. 40 fg.). Dieſe irrige Anſicht iſt wohl aus einer unrichtigen Generaliſirung des früher im Text sub 1. 2 u. 3 Geſagten hervorgegangen.

35) So z. B. Schuſter I S. 86 fg., Winiwarter I S. 66 fg. (der S. 67 noch eine dritte Claſſe von Rechten annimmt, ſolche nemlich, „welche ihren Grund zunächſt zwar in den Geſetzen haben, aber mit einer Handlung ſo in Verbindung ſtehen, daß ſie ohne dieſelbe gar nicht gedacht werden können": eine Annahme, welche ihm dazu dient die Entſcheidung des Hofdecrets v. 16. Nov. 1814 — vgl. folg. §. Note 64 — zu begründen!) und ſelbſt noch Stubenrauch I S. 86. 87.

That den vorhergegangenen Handlungen entgegensetzen, dann dürfte man unter vorhergegangenen Handlungen lediglich die einseitigen Willenserklärungen, also Testamente und Vermächtnisse verstehen: eine Beschränkung, bei welcher es nunmehr in Ansehung der Rückwirkung neuer Gesetze auf zweiseitige Rechtsgeschäfte an einer gesetzlichen Bestimmung fehlen würde. Der Zusatz „auf vorher erworbene Rechte" ist in der That ziemlich überflüssig und nur aus dem Bestreben hervorgegangen, die gesammte im gemeinen Rechte anerkannte und ausgebildete Theorie sich anzueignen[36].

Die Regel daß Gesetze nicht zurückwirken erleidet manche Ausnahme. Es gibt nemlich Fälle, in denen das neue Gesetz auch auf die unter der Herrschaft des alten Rechts entstandenen Thatsachen Einfluß nimmt und in denen Folgen und Wirkungen der früher begründeten Rechtsverhältnisse nach den Normen des neuen Gesetzes beurtheilt werden. In solchen Fällen findet gleichsam eine Umstempelung der früher entstandenen juristischen Thatsachen statt: sie werden nicht nach der Regel beurtheilt, welche ihnen bei ihrem Entstehen aufgedrückt wurde, sondern so behandelt als hätte zu ihrer Entstehungszeit bereits das neue Gesetz geherrscht. Wann dieß der Fall sei, wann ein neues Gesetz zurückwirke, das ist eine Frage, welche stets aus dem betreffenden neuen Gesetze selbst entschieden werden muß. Dann nemlich, wenn aus dem neuen Gesetz die Absicht erhellt, daß es auch die bereits vorher entstandenen Thatsachen und begründeten Rechtsverhältnisse normiren wolle, muß demselben rückwirkende Kraft beigelegt werden. Diese Absicht des neuen Gesetzes kann vor Allem ausdrücklich ausgesprochen sein und dieß wieder auf zweifache Weise, indem entweder in einem besondern Zusatz (in einer Clausel) dem Gesetze rückwirkende Kraft beigelegt wird[37], oder indem sonst die Stylisirung des neuen Gesetzes darauf berechnet ist, den fraglichen Willen des Gesetzgebers zu manifestiren[38]. Solcher Fälle, in denen

---

36) Dieser Zusatz fehlt ohne allen Nachtheil im §. 14 der Einleit. des preuß. Landrechts.

37) l. 7 C. de leg. (1, 14) — nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Vgl. Bergmann §. 25.

38) So z. B. wenn es in l. 2 C. de quadrienn. praescr. 7, 37 heißt: non posse contra emtores praedictarum rerum factos jam vel futuros — actiones moveri. Vgl. Bergmann § 26 insbes. Note 165.

ausdrücklich Rückwirkung des neuen Gesetzes vorgeschrieben ist, gibt es nach österreichischem Recht so manche; z. B. das Finanzpatent v. Jahr 1811 in den §§. 12—15, das Patent v. 29. Nov. 1852 über die Aufhebung der Aviticität, das Patent vom 19. März 1853 u. dgl. m.[39]. In allen andern Fällen muß nach den Regeln der Auslegung die Frage entschieden werden, ob das neue Gesetz zurückzuwirken bestimmt sei oder nicht: diese Frage ist also lediglich eine Frage der Interpretation des betreffenden neuen Gesetzes[40]. Es kann nun

---

39) Unsere österr. Schriftsteller rechnen manche gesetzliche Bestimmung hierher, welche sich bei genauer Betrachtung durchaus nicht als eine Ausnahme von der Regel der Nichtrückwirkung neuer Gesetze darstellt. So führen sie (z. B. Hüttner S. 77, Michel Handb. ad §. 5, Stubenrauch I S. 94 u. A.) den §. 880 des a. b. G. B., daß Verträge als nicht abgeschlossen anzusehen sind, wenn der Vertragsgegenstand mittlerweile außer Verkehr gesetzt wurde, als eine Ausnahme vom §. 5 auf. Diese Auffassung ist aber gewiß ganz unrichtig (wie auch Schuster I S. 92 anerkennt, bei dem aber viel Irriges mit unterläuft). Wenn nemlich ein neues Gesetz eine Sache außer Verkehr setzt, so kann allerdings der darüber bereits abgeschlossene Vertrag nicht erfüllt werden; aber nicht deßhalb weil darin eine Rückwirkung des neuen Gesetzes liegt, sondern deßhalb weil die Parteien bisher nur die Möglichkeit hatten den fraglichen Gegenstand ins Eigenthum zu übergeben und übernehmen, dingliche Rechte an demselben zu bestellen, den Gebrauch desselben zu gestatten u. dgl. m. Diese Möglichkeit kann nicht zur Wirklichkeit werden, weil das Außer-Verkehr-Setzen der juristische Tod der Sache ist. Das Verhältniß ist hier ganz dasselbe wie wenn die Sache vor der Erfüllung des Vertrags auf natürliche Weise zu Grunde gegangen wäre, und der Vertrag wird hier wie dort ungiltig wegen der nachfolgenden (physischen oder juristischen) Unmöglichkeit der Leistung. Ebenso verhält sich die Sache wenn ein neues Gesetz die Ein- oder Ausfuhr einer Waare verbietet. Auch hierin wollen unsere österr. und manche ältere und neuere gemeinrechtliche Schriftsteller (z. B. Glück I §. 24, Weber S. 188, Bergmann S. 175, Holzschuher I S. 35 Nr. 6) eine Ausnahme von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze sehen. Allein das Recht Getreide ein- oder auszuführen ist ja gar kein Privatrecht; es ist eine Möglichkeit deren Verwirklichung nunmehr gehindert ist, ähnlich wie wenn etwa ein Gesetz verböte, einen Strom wie bisher mit Flößen zu befahren, und der A dem B versprochen hätte dessen Vieh auf Flößen zu transportiren. — Ebenso ist es unrichtig wenn Michel Handb. ad §. 5 den §. 40 und §. 44 des Auswanderungspat. v. 24. März 1832 hierher zählt, da die Bestimmung des §. 40 nur eine Anwendung des Grundsatzes ist: bei Strafgesetzen in mitius (vgl. Art. IX des Kundmachungspat. zum Strafgesetzb. v. 27. Mai 1852) und §. 44 den Grundsatz zur Anwendung bringt, daß neue Vorschriften über das Verfahren sofort angewendet werden müssen.

40) Gegen diese Auffassungs- und Behandlungsweise hat sich in neuester Zeit bekanntlich Savigny (VIII §. 384) erklärt, indem er lehrt, daß man zwischen dem Erwerb und dem Dasein der Rechte unterscheiden und daher nicht bloß eine Regel (Gesetze wirken nicht zurück) mit einzelnen Ausnahmen (S. 374. 548) sondern zwei wesentlich entgegengesetzte Regeln für jene zwei Gebiete aufstellen

1) nach den Grundsätzen der grammatischen Interpretation nicht zweifelhaft sein, daß das neue Gesetz nicht zurückzuwirken bestimmt sei, wenn dasselbe nur Normen über die Begründung der Rechtsverhältnisse enthält; z. B. ein neues Gesetz schreibt vor, daß zur Erwerbung des Eigenthums Übergabe vor Zeugen erforderlich sein solle u. ähnl. m. Denn hier ergibt es sich schon aus dem Wortlaute des neuen Gesetzes, daß bereits begründete Rechtsverhältnisse durch dasselbe nicht getroffen werden sollen[41]. 2) Wenn das neue Gesetz nicht seinem Wortlaut nach bloß Normen für die Begründung eines Rechtsverhältnisses gibt, sondern überhaupt für ein gewisses Rechtsverhältniß eine neue Regel aufstellt, dann ist nach den Regeln der logischen Interpretation zu entscheiden, ob sich das neue Gesetz bloß auf die künftige Begründung von Rechtsverhältnissen beschränken oder ob es selbst

müsse: die eine Regel (Gesetze wirken nicht zurück) beziehe sich nur auf den Erwerb der Rechte, die andere (Gesetze wirken zurück) auf das Dasein der Rechte. Allein obgleich diese Unterscheidung beim ersten Anblick alle Schwierigkeiten dieser Frage zu lösen scheint, so erweist sie sich doch wohl bei näherer Betrachtung als unbrauchbar. Es ist nemlich aus dem Grund mit jener Unterscheidung nichts gewonnen, weil nunmehr doch immer wieder die Frage entsteht, welches Gesetz trifft das Dasein der Rechte, welches bloß den Erwerb derselben? Diese Frage läßt sich aber nur lösen indem man auf die Absicht und den Sinn jedes neuen Gesetzes sieht (wie dieß denn auch Savigny selbst zu wiederholten Malen thut z. B. S. 378. 434. 546. 524 u. s. f.); damit ist man aber wieder auf dem Punkt angelangt sagen zu müssen, die ganze Frage sei eine Frage der Auslegung. Gelangt man nun auf dem Weg der Interpretation dahin zu erkennen, daß das neue Gesetz das Dasein, das Bestehen, das So- und Andersseiñ eines Rechts treffen wolle, dann hat man damit eben auch schon erkannt, daß es zurückzuwirken bestimmt sei: die Frage, ob das neue Gesetz das Dasein der Rechte treffe, ist somit ganz identisch mit der Frage, ob es zurückwirke. Es geht daher nicht an, zwei Rechtsregeln für zwei verschiedene Rechtsgebiete aufzustellen, da es an allem sichern Kriterium fehlt die Grenzen dieser beiden Rechtsgebiete in objectiver Weise zu bestimmen, und da man eben so berechtigt ist zu sagen: Gesetze treffen das Dasein der Rechte weil sie zurückwirken, als: Gesetze wirken zurück weil sie das Dasein der Rechte treffen. — Wie zweifelhaft und unsicher die Grenze zwischen beiden Rechtsgebieten sei, hat Savigny selbst erkannt (S. 378) und es ist in der That nicht leicht begreiflich, wie Savigny den Zustand der Person an sich (vgl. Note 33), die Fragen über die Verjährung, das Intestaterbrecht u. s. f. (vgl. Note 45) unter die Kategorie „Erwerb der Rechte" rangiren konnte. — Übrigens findet sich diese Unterscheidung zwischen Erwerb und Dasein der Rechte schon bei Bergmann S. 18 fg., nur daß dieser Schriftsteller von seinem Standpunkt aus (vgl. Note 9) die Regel aufstellt, daß die Gesetze im Zweifel das Dasein der Rechte treffen wollen, während wir umgekehrt sagen müßten, daß die Gesetze im Zweifel den Erwerb der Rechte treffen wollen.

41) Vgl. Vangerow I §. 26 S. 69.

für bereits begründete Rechtsverhältniſſe als Norm gelten wolle: ob es alſo nicht bloß den künftigen Erwerb der Rechte, ſondern auch die ſchon erworbenen daſeienden Rechte treffen wolle. Im Zweifel iſt die Regel feſt zu halten, daß neue Geſetze nicht zurückwirken[42]; und zwar gilt dieſe Regel ohne Unterſcheidung, ob das neue Geſetz ein zwingendes oder ein ergänzendes iſt, daher denn der von vielen, beſonders ältern Schriftſtellern vertheidigte Satz „Neue Prohibitivgeſetze wirken zurück" als ein irriger zu verwerfen iſt[43]. Wenn jedoch das neue Geſetz unter die Kategorie jener Rechtsnormen gehört, welche ein ſittliches Princip, eine ethiſche Forderung zur rechtlichen Geltung und Herrſchaft zu bringen ſuchen, ſo iſt im Zweifel ein ſolches Geſetz als rückwirkend aufzufaſſen, da im ethiſchen Princip auch die Energie zeitlich unbeſchränkter Herrſchaft liegt[44]. 3) Das bisher Geſagte gilt ebenſo für den Fall, wenn ein neues Geſetz ein vorhandenes Rechtsinſtitut ganz abſchafft oder weſentlich umbildet. Auch in dieſem Fall iſt aus der Tendenz des neuen Geſetzes zu entnehmen, ob es zurückzuwirken beſtimmt ſei oder nicht. Für die Interpretation gelten auch hier die gewöhnlichen Regeln, nur daß in dieſem Fall auf den concreten Zweck des Geſetzes, auf die politiſchen Verhältniſſe und ſelbſt auf die hiſtoriſche Veranlaſſung, die occasio legis, beſonderes Gewicht zu legen ſein wird[45].

---

42) Vgl. Bangerow I S. 70 lit. b. Wenn z. B. ein neues Geſetz als höchſten Zinsfuß 4 Proc. feſtſetzt, ſo kann dieß entweder dahin ausgelegt werden, es ſei verboten mehr als 4 Proc. Zinſen zu nehmen, oder dahin, es ſei verboten ſich mehr als 4 Proc. auszubedingen: im Zweifel iſt die letztere Auslegung anzunehmen, wodurch nun die bereits früher geſchloſſenen Verträge nicht betroffen werden, vgl. auch Note 43.

43) Bergmann §. 30, Savigny S. 436. Es bleiben daher Verträge, welche unter der Herrſchaft des alten Geſetzes giltig geſchloſſen werden konnten, auch unter der Herrſchaft des neuen ſie verbietenden Geſetzes giltig; vgl. z. B. §. 879 a. b. G. B.

44) Vgl. Mühlenbruch I §. 54 a. E. Beiſpiele dieſer Art gewähren die Vorſchriften über das Eherecht, überhaupt über das Familienrecht.

45) Vgl. Bergmann §. 27. Mit Unrecht meint Bangerow (I S. 74 lit. c) „es liege in der Natur, daß ſolche Geſetze (welche ein Rechtsinſtitut abſchaffen oder modificiren) auch gegenwärtige wohlbegründete Rechte unmittelbar ergreifen." Dieß liegt nemlich durchaus nicht in der Natur ſolcher Geſetze im Allgemeinen, ſondern nur in der ſonſther erkennbaren Abſicht des Geſetzgebers. Werden z. B. Zehenten, Frohnden, Lehen, Familienfideicommiſſe abgeſchafft, dann wird allerdings häufig die Abſicht darauf gerichtet ſein, auch die ſchon gegenwärtigen wohlbegründeten Rechte zu beſeitigen (vgl. Savigny S. 344 fg.).

In jenen Fällen, in welchen neue Gesetze zufolge ausdrücklicher Erklärung oder zufolge des nach den Regeln der Interpretation erkannten Willens des Gesetzgebers zurückwirken, erstreckt sich diese Rückwirkung *im Zweifel* nur auf jene Folgen der juristischen Thatsachen, welche seit der Kundmachung des neuen Gesetzes eintreten[46], da Ausnahmen so zu interpretiren sind, daß sie am wenigsten von dem gemeinen Rechte abweichen. Auch ist das rückwirkende Gesetz nicht auf jene Fälle anzuwenden, welche bereits durch Vergleich, Zahlung oder richterliches Urtheil, überhaupt auf rechtsgiltige Weise z. B. durch Erlaß, Verzicht, Anerkenntniß erledigt sind[47]. Auf bereits anhängige Processe dagegen ist das neue Gesetz sofort anzuwenden, es wäre denn der Proceß bereits in erster Instanz entschieden und nunmehr bei der höhern Instanz anhängig, da der Appellationsrichter nur zu beurtheilen hat, ob der Richter a quo nach den zur Zeit der Urtheilsfällung herrschenden Gesetzen richtig entschieden habe. Für das gemeine Recht ist dieses außer allem Zweifel[48]; es muß wohl aber auch

---

Wird dagegen z. B. das Rechtsinstitut der Einkindschaft aufgehoben (vgl. Josephin. Gesetzb. 4. Hauptst. §. 33; allgem. bürgerl. Gesetzb. §. 1259), so werden doch wohl die unter der Herrschaft des älteren Rechts bereits begründeten Einkindschaftsverhältnisse aufrecht erhalten bleiben, und das Gleiche gilt in Ansehung der bereits geschlossenen Erbverträge, wenn ein neues Gesetz dieses Rechtsinstitut aufheben und modificiren sollte (vgl. Savigny S. 492, der auffallender Weise die Aufhebung der Erbverträge unter die Kategorie „Erwerb der Rechte" stellt).

46) s. g. *indirecte* Rückwirkung; also z. B. auf die erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fällig werdenden Zinsen, nicht auf die bereits früher fällig gewordenen (cf. l. 27 C. de usur. 4, 32) Hüttner §. 47.

47) l. 2 §. 23 C. de veter. jur. enucl. (1, 17) — quae enim jam judiciali sententia finita sunt vel amicali pacto sopita haec resuscitari nullo volumus modo. l. un. i. f. C. de contr. jud. (1, 53) — quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus nisi transactionibus (über den Umfang dieses Ausdrucks vgl. l. 229. 230 D. de V. S.) vel judicationibus sopita sint. l. 17 C. de fide instr. (4, 21) l. 22 §. 1 C. de SS. eccles. (1, 2). Vgl. Hüttner §§. 61. 62 der diese Grundsätze mit Recht auch für das österr. Recht als bestehend anerkennt.

48) Nov. CXV pr. c. 1 — ideoque sancimus si quando de aliqua causa processerit definita sententia et provocatio fuerit subsecuta, appellationis examinatores secundum leges quae tempore definitivae sententiae obtinebant, terminum dare negotio; — tametsi contigerit postea legem promulgari novi aliquid disponentem et tenorem suum ad praeterita quoque negotia referentem. Vgl. Bergmann S. 146 fg., Kierulff S. 71, Mühlenbruch I §. 51, Wächter II S. 487, Savigny S. 510. 511, Bangerow I S. 67.

für das österreichische Recht gelten, da einerseits der österreichische Gesetzgeber sich mit der Bestimmung des §. 5 a. b. G. B. die ganze gemeinrechtliche Theorie aneignen wollte, und da andererseits diese Bestimmung ganz in der Natur der Sache liegt[49]. Auch nach heutigem österreichischem Rechte wird also das rückwirkende Gesetz nicht auf bereits durch Vergleich oder Urtheil erledigte Rechtsverhältnisse, wohl aber auf noch in der ersten Instanz abhängige Processe anzuwenden sein[50].

B. Erörterung der Hauptfälle.

§. 21. So einfach die im vorigen Paragraph aufgestellte Regel über die Rückwirkung der Gesetze ist, so sehr ist dennoch ihre Anwendung in einzelnen Fällen schwierig, theils weil man den Begriff des erworbenen Rechts nicht immer streng festzuhalten geneigt ist, theils weil die Entstehung mancher juristischen Thatsache nicht bloß eine momentane ist, sondern sich auf eine längere Zeit vertheilt, wovon die eine Parthie noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes verlief, während die andere bereits unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fällt, und es nunmehr zweifelhaft wird, welches Gesetz in Anwendung zu kommen habe, um die Folgen jener Thatsache als einer vollendeten zu beurtheilen. Hierzu gesellt sich noch in manchen Fällen die Schwierigkeit auf dem Wege der Interpretation eines neuen Gesetzes festzustellen, ob dasselbe bestimmt sei zurückzuwirken oder nicht, ob also die gegebene Regel zur Anwendung zu kommen hat, oder ob man es mit einer Ausnahme von derselben zu thun habe. Es sollen nunmehr die

49) Vgl. Savigny S. 510.

50) Das durch Urtheil, Vergleich u. dgl. festgestellte Verhältniß darf aber selbstverständlich nicht gerade ein solches sein, dessen Aufhebung das neue rückwirkende Gesetz beabsichtigt; die Feststellung der rechtlichen Existenz eines solchen Verhältnisses durch Vergleich, Urtheil u. dgl. kann dasselbe natürlich vor der Aufhebung durch das neue Gesetz nicht schützen. Wenn also z. B. durch Vergleich oder Urtheil festgestellt ist, daß A dem B von einem bestimmten Grundstück einen Zehnten schulde, so wird dennoch auch dieses Verhältniß nicht fortbestehen können, wenn ein neues Gesetz alle Zehenten abschafft (vgl. Savigny S. 519. 520). Dagegen bleiben früher geschlossene Ablösungsverträge auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gültig und ebenso können die aus dem nunmehr aufgehobenen Rechtsverhältniß früher bereits fällig gewordenen Leistungen auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes eingeklagt werden. (Hiermit dürften sich auch die von Scheurl in der Note 8 angef. Abhandl. geäußerten Bedenken erledigen.)

wichtigsten Rechtsverhältnisse dargestellt werden, in Beziehung auf welche unsere Frage von Bedeutung wird und hiebei insbesondere auf die bisher ergangenen Bestimmungen der österreichischen Gesetzgebung Rücksicht genommen werden.

I. Zustand der Person an sich[1]. Nach der im vorigen Paragraph gegebenen Begriffserörterung handelt es sich im vorliegenden Falle niemals um ein erworbenes Recht (jus quaesitum). Daher ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit nach Erlaß eines neuen Gesetzes sofort nach diesem zu beurtheilen. Anwendungen dieses Grundsatzes sind folgende: 1) die Bestimmungen des neuen Gesetzes über die Handlungsfähigkeit in Beziehung auf das Alter sind sofort auf alle Personen des fraglichen Alters anzuwenden. Daher gehen z. B. die einzelnen Befugnisse, welche mit bestimmten Altersstufen als Erweiterung des Kreises der Handlungsfähigkeit verbunden sind, für alle jene Personen wieder verloren, welche das fragliche Alter bereits erreicht haben, wenn ein neues Gesetz jene Befugnisse erst einer höhern Altersstufe beilegt. Eine übereinstimmende Bestimmung hat die österreichische Gesetzgebung in neuester Zeit getroffen, indem sie in dem Einführungspatente des bürgerl. Gesetzb. für Ungarn und Siebenbürgen festsetzt, daß die nach den Bestimmungen des ältern ungarischen und siebenbürgischen Rechts[2] mit gewissen Altersstufen verbundenen Befugnisse in Ansehung aller Personen des fraglichen Alters sofort aufzuhören haben[3]. Ganz auf die gleiche Weise verhält es sich mit der Volljährigkeit. Auch diese kann durchaus nicht als ein

---

1) Vgl. Savigny §. 389 S. 414 fg., s. auch Reinhardt S. 9.

2) Vgl. hierüber Jung Ungarisches Privatrecht (2. Aufl. 1827) I. §. 4 S. 17 fg., Sachsenheim Das allgem. bürgerl. Gesetzb. verglichen mit dem siebenbürg. Civilr. (1854) I S. 54 fg.

3) Patent vom 29. Nov. 1852, v. 29. Mai 1853 Art. XII Nr. 2 Abs. 1. „Die früheren Gesetze, welche die Befugnisse Procuratoren zu wählen, Rechtsvertreter zu bestellen, sich zu verpflichten und über sein Vermögen zu verfügen mit Rücksicht auf Altersstufen und Geschlecht verschiedenartig bestimmten, werden von dem Zeitpunkt des Beginns der Wirksamkeit des a. b. G. B. außer Kraft gesetzt." Daß hiermit nicht eine bloße Aufhebung jener Bestimmungen für die Zukunft, sondern in der That eine sofortige Beschränkung der Handlungsfähigkeit aller im fraglichen Alter bereits befindlichen Personen ausgesprochen werden wollte, ergibt sich aus der Aufnahme dieser Bestimmung, welche sonst ganz überflüssig wäre, da mit der Einführung des neuen Gesetzbuchs ohnehin alle älteren Normen aufgehoben wurden, ganz insbesondere aber aus der Stylisirung des folgenden Satzes s. Note 10.

erworbenes Recht angesehen werden[4], da es ja kein Privatrecht ist volljährig zu sein, und mit diesem Ausdruck nichts anderes gesagt ist, als daß das Gesetz Personen eines gewissen Alters als vollkommen handlungsfähig ansehe. Consequenter Weise müßten alle Personen, welche unter der Herrschaft des alten Gesetzes bereits volljährig geworden waren, wieder minderjährig werden, wenn ein neues Gesetz den Volljährigkeitstermin weiter hinausschiebt[5]. Doch pflegt man seit jeher aus rechtspolitischen Gründen die unter der Herrschaft des alten Gesetzes bereits volljährig gewordenen Personen in ihrer vollkommenen Handlungsfähigkeit zu belassen. Auch die österreichische Gesetzgebung hat zu wiederholten Malen diese Bestimmung getroffen[6], und zwar, wie es scheint, von dem Standpunkte aus, daß die Großjährigkeit als ein wohlerworbenes Recht anzusehen sei[7]. 2) Was das

---

4) So thut es selbst Savigny S. 415. 416, vgl. S. 168 u. 386; ebenso Bangerow I S. 69. Allein Savigny gibt überhaupt nirgends ein bestimmtes scharfes Kriterium für den Begriff eines jus quaesitum an und scheint mit sich selbst in Widerspruch zu stehen vgl. S. 436. Die Berufung auf eine durch landesherrliches Rescript oder durch ein Vormundschaftsgericht ertheilte venia aetatis, der zufolge der volljährig Erklärte trotz des neuen Gesetzes fortwährend als volljährig anzusehen ist (Savigny S. 416), ist deßhalb ohne alles Gewicht, weil Privilegien überhaupt durch ein nachfolgendes neues Gesetz nicht berührt werden; vgl. §. 16 Nr. 2 lit. c.

5) Diese Ansicht wird vertheidigt von Meyer Principes sur les questions transitoires (1843) p. 97. 98 und von Holzschuher Casuistik I S. 42. Nr. 24.

6) So wurde im Patent v. 20. April 1815 Art. IV ausgesprochen, daß jene Einwohner des lombard. vnet. und illyrischen Königreichs, welche vor eingetretener Wirksamkeit des bürgerl. Gesetzb. nach französ. Recht (also mit zurückgelegtem 21. Jahre) großjährig geworden waren, dieß bleiben sollten und keine Nachsicht des Alters vonnöthen hätten. Das Gleiche sprach das Hofdecr. v. 3. Jänner 1818 (Michel Nr. 36) und der Erlaß des bevollmächtigten Hofcommissärs im lomb. venet. Königr. v. 14. Febr. 1819 (Michel Nr. 37) aus. Übereinstimmend Kundmachungspat. für Siebenbürgen Art. XII Nr. 2 Abs. 4 — Wenn im Patent v. 20. April 1815 cit. und im Patent für Krakau v. 28. März 1852 (Michel Nr. 183) bestimmt wird, daß die Volljährigkeit in Bezug auf die Eingehung von Ehen lediglich nach dem neuen Gesetz zu beurtheilen sei, mag auch die Volljährigkeit bereits nach den Vorschriften des alten Gesetzes mit 21 Jahren erlangt gewesen sein, so liegt darin nicht eine Ausnahme von der Regel, daß Gesetze nicht zurückwirken, sondern es ist darin vielmehr ein Ausfluß des im Text aufgestellten Princips zu sehen.

7) So heißt es im angef. Hofdecr. v. 3. Jänn. 1818: „Die nach Maßgabe der vor Einführung des österr. bürgerl. Gesetzb. erreichte Großjährigkeit konnte durch die Einführung dieses neuen Gesetzes nicht wieder aufgehoben werden.“ Auch alle unsere österr. Schriftsteller sehen die Großjährigkeit als ein jus quae-

Geschlecht anbelangt, so sind die Bestimmungen des neuen Gesetzes über die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Frauen sofort anzuwenden[8]. Dieses hat auch die österreichische Gesetzgebung in dem Einführungspatent des bürgerlichen Gesetzbuchs für Ungarn und Siebenbürgen ganz richtig ausgesprochen[9]. 3) Nach dem bisherigen (mit dem deutschen Recht hierin übereinstimmenden) ungarischen Recht wurden Frauen durch die Verehelichung volljährig, und blieben es, wenn sie auch später Witwen wurden. Nach den Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuches (§. 175. §. 260) findet diese deutsch-rechtliche Art der Volljährigkeitswerdung nicht mehr statt. Wenn nun eine Gesetzgebung von dem Grundsatze ausgeht, daß die bereits erreichte Volljährigkeit zu schützen sei, so wird sie consequent auch im vorliegenden Falle die bereits im Genusse der Volljährigkeit befindlichen Frauen darin erhalten. Und so hat es denn auch die österreichische Gesetzgebung bei der Einführung des bürgerl. Gesetzbuchs in Ungarn gehalten[10]. 4) Die Bestimmungen des neuen Gesetzes über die Rechtsfolgen der Prodigalitätserklärung, also über die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Verschwenders, sind sofort auf alle bereits erklärten Verschwender zur Anwendung zu bringen[11]. Die Anwendung dieses Satzes in Beziehung auf

situm an, während sie doch in der That nur ein Zustand ist, der für den Kreis der Handlungsfähigkeit von Bedeutung ist.

8) Savigny S. 417.

9) Art. XII Nr. 2 Abs. 1 vgl. Note 8. — So z. B. standen die ungarischen Frauen, solange sie nicht heiratheten unter Geschlechtstutel (vgl. Jung I S. 20, Sachsenheim I S. 54); diese ist nunmehr aufgehoben und daher sind alle jetzt lebenden Frauen sofort von ihr befreit. So waren nach ungar. Recht die Frauen in Beziehung auf das Erbrecht in mannigfacher Weise beschränkt; diese Beschränkung ist nunmehr aufgehoben worden (Kais. Pat. v. 29. Nov. 1852 und v. 29. Mai 1853 zur Regelung des Grundbesitzes der Aviticität u. s. f. in Ungarn und Siebenbürgen Hauptst. II §. 5) und es treten daher auch alle bereits lebenden Frauen in den erweiterten Kreis der Rechtsfähigkeit ein; vgl. Toth Die Aviticität und sonstigen Besitzverhältnisse geordnet durch das Pat. v. 29. Nov. 1852 (1853) S. 85 fg.

10) Kundmachungspat. Art. XII Nr. 2 Abs. 1: „Frauen und Witwen, welche vor dem obenerwähnten Zeitpunkte (d. h. vor dem Beginn der Wirksamkeit des a. b. G. B.) sich verehelicht und durch die Verehelichung ohne Rücksicht auf ihr Alter die Rechte der Volljährigkeit erlangt haben, sind jedoch in deren Genusse auch fernerhin unverändert zu belassen."

11) Vgl. Savigny S. 419. Wenn daher z. B. Jemand unter der Herrschaft des römischen Rechts als Verschwender interdicirt wurde, so kann er dennoch unter der Herrschaft des österr. Gesetzb. giltig ein Testament machen (§. 568 a. b. G. B),

die Einführung des a. b. G. B. in Ungarn und Siebenbürgen unterliegt keinem Zweifel. 5) Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit in Folge der Infamie[12] hört für die unter der Herrschaft des alten Gesetzes infamirten Personen auf, wenn das neue Gesetz das Institut der Infamie, wie es im aufgehobenen Recht bestand, gar nicht kennt[13], oder doch die Wirkungen der Infamie anders bestimmt. Umgekehrt aber treffen die durch das neue Gesetz bestimmten Wirkungen einer entehrenden Handlung auch jene Personen, welche diese Handlung noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes vornahmen[14]. So verhält es sich mit dem österreichischen Gesetzbuche gegenüber dem frühern ungarischen Rechte. 6) Wird der Umfang der Rechtsfähigkeit wegen Verschiedenheit der Confession beschränkt oder erweitert, so trifft diese Veränderung sofort alle zu jener Confession gehörigen Personen, nicht etwa erst die künftig geborenen[15]. So verhält es sich z. B. mit der Besitzfähigkeit der Juden, welche durch das Pat. vom 2. Oct. 1853 (ein restitutorisches Gesetz) beschränkt wurde.

Insoweit es sich in Fällen dieser Art um Rechtsverhältnisse handelt, welche bereits vor der Wirksamkeit des neuen Gesetzes begründet worden sind, wird die Handlungsfähigkeit der betreffenden Person nach dem alten Gesetz beurtheilt[16]. Diese Regel ist auch in dem Einführungspatent des a. b. G. B. für Ungarn und Siebenbürgen anerkannt[17]. Was aber die Rechtsfähigkeit anbelangt, so gilt diese Regel durchaus nicht so allgemein. Vielmehr kommt es

---

obgleich er nach den Bestimmungen des röm. Rechts hierzu nicht fähig wäre l. 18 pr. D. qui testam. fac. poss. (28, 1).

12) Vgl. Savigny S. 448. 449.

13) So verhält es sich mit dem österr. Recht gegenüber dem ungarischen; vgl. Jung I §. 8.

14) Wenn z. B. ein neues Gesetz die Bestimmung träfe, daß Meineidige unfähig seien ein Testament zu errichten, daß öffentliche Dirnen nicht Solennitätszeugen sein können u. ähnl., so werden alle bereits wegen Meineids verurtheilten Personen so wie alle gegenwärtig lebenden öffentlichen Dirnen von der Bestimmung des neuen Gesetzes sofort getroffen.

15) Vgl. Bergmann S. 139. 140.

16) Vgl. Savigny S. 407. 408. 468.

17) Art. XII Nr. 2. Abs. 3. „Die vor dem Eintritt der Wirksamkeit des a. b. G. B. nach den Bestimmungen der früheren Gesetze vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Handlungen sind nach den früheren Gesetzen zu beurtheilen." Daß diese Stelle von der Handlungsfähigkeit der betreffenden Personen zu verstehen sei, ergibt sich aus dem dem Absatz 2 vorhergehenden und nachfolgenden Absätzen.

hierbei auf die besondere Natur des fraglichen Rechtsgeschäfts an[18], und ist insbesondere bei dinglichen Rechten in Betreff der Rechtsfähigkeit nicht bloß auf den Moment der Erwerbung desselben zu sehen. Wenn nemlich ein neues Gesetz erscheint, welches einer gewissen Classe von Personen die Fähigkeit benimmt in gewissen dinglichen Rechtsverhältnissen zu stehen, z. B. Eigenthum an Immobilien zu besitzen, so werden von dieser neuen Bestimmung die zu jener Classe gehörigen Personen auch in Ansehung jener dinglichen Rechte getroffen, welche sie vor dem Erscheinen des neuen Gesetzes erworben haben sollten[19], und es bedürfte zu Gunsten dieser Personen einer speciellen Bestimmung des neuen Gesetzes[20], um sie davon auszunehmen.

II. Sachenrecht. 1) Was zunächst die Sachen selbst anbetrifft als mögliche Gegenstände des rechtlichen Verkehrs, so hat das betreffende neue Gesetz auf alle bereits vorhandenen Sachen zur Anwendung zu kommen. Dieß ist z. B. der Fall, wenn ein neues Gesetz Sachen, welche bisher im Verkehr standen, außer Verkehr erklärt, und umgekehrt[21]. Das Gleiche gilt in Ansehung der rechtlichen Qua-

18) So z B. kommt es für die Beurtheilung der Rechtsfähigkeit in Ansehung von Testamenten und Erbverträgen auf verschiedene Zeitpunkte an, vgl. Savigny S. 447 fg. u. S. 492.

19) Dieß ergibt sich auch mit Nothwendigkeit aus dem im vorigen Paragraphen unter der Ziffer 2 Gesagten. Daher wurde im Hofdecr. v. 31. Dec. 1845 (Michel Nr. 576) bestimmt, daß die Montenegriner, welche durch a. h. Entschließung v. 11. Oct. 1845 für unfähig erklärt wurden unbewegliche Güter in Österreich zu besitzen, verpflichtet seien binnen zwei Jahren ihre Güter in Österreich zu verkaufen, widrigenfalls „die noch nicht verkauften Grundstücke der Montenegriner durch die competenten Behörden verkauft und der Erlös dem Eigenthümer übergeben werden würde."

20) Eine solche specielle Bestimmnng traf die kais. Verordn. v. 2. Oct. 1853 (R. G. B. 190) im Art. II zu Gunsten jener Juden, welche vor dem Erlaß derselben liegende Güter bereits erworben hatten. Wenn es in diesem Art. II noch überdieß heißt, daß die neue die Besitzfähigkeit der Juden einschränkende Vorschrift selbst „denjenigen Rechtsgeschäften über die Erwerbung des Eigenthums unbeweglicher Güter nicht entgegenstehe, welche noch vor dem Tag der Kundmachung dieser V. O. von einer öffentlichen Behörde, mittelst eines Notariatsactes oder sonst unter öffentlicher Beglaubigung geschlossen worden sind, wenn auch die Übergabe in den Besitz noch nicht erfolgt oder, wo öffentliche Bücher bestehen, das Gesuch um bücherliche Eintragung noch nicht überreicht worden sein sollte": so ist hierin eine noch weitergehende mildernde und schonende Ausnahmsbestimmung zu sehen.

21) Besitzt also z. B. Jemand eine Sache die nunmehr außer Verkehr gesetzt wird, so hört auch für ihn sofort die Möglichkeit einer Privatrechtsherrschaft über dieselbe auf.

lität der Sachen. Hebt ein neues Gesetz einen Unterschied von Sachen, der bisher für die rechtlichen Verhältnisse von großer Bedeutung war, auf, so trifft dieses alle schon vorhandenen Sachen dieser Art und alle sich darauf beziehenden bereits früher entstandenen Rechtsverhältnisse[22]. Ebenso ist die Frage, ob eine Sache als beweglich oder als unbeweglich anzusehen sei, nach den jeweiligen Gesetzen zu beurtheilen[23].

2) Eigenthum. Trifft ein neues Gesetz Bestimmungen über die Erwerbungsart des Eigenthums, so bleibt dennoch das alte Gesetz für die Beurtheilung aller Fälle der Erwerbung in Anwendung, welche sich unter dessen Herrschaft zutrugen[24]. Ist daher unter der Herrschaft des französischen Rechts (Cod. civ. a. 1138), z. B. in Krakau, durch bloßen Vertrag bereits Eigenthum erworben worden, so bleibt dieses fortbestehen, obgleich das nunmehr eingeführte und wirksame bürgerl. Gesetzbuch den Vertrag allein als nicht hinreichend ansieht, um Eigenthum zu übertragen[25]. — Trifft ein neues Gesetz Bestimmungen über den Verlust des Eigenthums, so kommen diese ohne weiteres auch auf das bereits unter der Herrschaft des alten Gesetzes erworbene Eigenthum zur Anwendung: überhaupt ist für die Frage, wie ein bereits bestehendes dingliches Recht untergehe, die Zeit seines Entstehens gleichgiltig[26]. — Ebenso richtet sich die Gel-

---

22) Dieser Satz ist in der neuesten Zeit in großem und wichtigem Umfang für Ungarn und Siebenbürgen zur gesetzlichen Anerkennung gelangt, indem in dem Patent v. 29. Nov. 1852 und v. 29. Mai 1853, betreffend die Regulirung der Besitz- und Aviticitätsverhältnisse, der Unterschied zwischen ererbten und erworbenen Gütern, zwischen adeligen und nichtadeligen Liegenschaften aufgehoben und hiermit die bisherige Möglichkeit der Anfechtung gewisser Eigenthumsübertragungen sofort beseitigt wurde; Pat. Hptst. II §. 3 III §§. 15. 16, vgl. Toth in der Note 9 angeführten Schrift.

23) Nur ist hier wohl zu beachten, daß insoweit eine Sache nur mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältniß (z. B. das eheliche Güterverhältniß) für beweglich oder unbeweglich erklärt wurde, die Qualität der fraglichen Sache stets nach den zur Zeit der Eingehung jenes Verhältnisses herrschenden Gesetzen zu beurtheilen ist; vgl. Zachariä I §. 30 Note 2.

24) Schwierigkeiten macht hier nur die Frage, nach welchem Gesetz eine Erwerbung durch Ersitzung zu beurtheilen sei; s. hierüber Nr. VIII.

25) Vgl. Weber S. 108. 109, Savigny S. 420.

26) Das dingliche Recht schöpft seinen Inhalt so wie den Umfang seiner Wirksamkeit u. s. w. gleichsam in jedem Augenblick aus dem Gesetz und verändert sich daher mit seiner Quelle sofort. Es liegt hierin ein wichtiger Unterschied des dinglichen Rechts vom persönlichen, welcher sich in der Sphäre der zeitlichen und örtlichen Collision der Gesetze vielfach geltend macht und die Ver-

tendmachung des Eigenthumsrechts durch Klage nach dem jeweiligen Gesetz[27]. Wenn daher in Krakau das bürgerl. Gesetzbuch zur Anwendung kommt, so wird auch der bisherige Eigenthümer von Mobilien dieselben mit der Vindicationsklage verfolgen können, obgleich ihm das französische Gesetz dieselbe versagt (Cod. civ. a. 2279). Dagegen kommt in allen Landestheilen, in welchen das bürgerl. Gesetzb. eingeführt wurde, auch sofort der §. 367 desselben zur Anwendung. — Hebt ein neues Gesetz das s. g. getheilte Eigenthum (Ober- und Untereigenthum) auf, so gilt dieß selbstverständlich auch für alles schon bestehende getheilte Eigenthum[28]. Deßgleichen kommt ein Gesetz, welches die Theilbarkeit liegender Güter beschränkt oder erweitert, sofort zur Anwendung. Legt ein neues Gesetz dem Eigenthum gewisse Beschränkungen auf (s. g. Legalservituten), so treffen dieselben ohne Zweifel auch das schon erworbene Eigenthum; wird also z. B. in Österreich das in der Gesetzgebung so wenig ausgebildete Nachbarrecht erweitert, so wird auch alles gegenwärtige Eigenthum von Liegenschaften davon getroffen.

3) Was bisher vom Eigenthume gesagt wurde, gilt ebenso für die Servituten;

4) deßgleichen für das Pfandrecht[29]. Jedoch sind hierbei zwei verschiedene Fälle wohl zu unterscheiden. a) Die Frage über die Erwerbung des Pfandrechts richtet sich nach den Gesetzen zur Zeit der Erwerbung[30]. Wenn daher für eine Forderung unter der Herrschaft des alten Rechts ein gesetzliches Pfandrecht bereits begründet war, so bleibt dasselbe fortbestehen, mag auch ein neues Gesetz für diesen Fall kein gesetzliches Pfandrecht gewähren. b) Ändert sich dagegen die Gesetzgebung über das System des Pfandrechts, so muß sofort das neue Gesetz in Anwendung kommen[31]. Erkennt daher das neue Gesetz bloß Specialhypotheken an, so müssen auch alle bereits bestehenden Generalhypotheken aufhören; erkennt das neue Gesetz an Mobilien nur ein Faustpfand an, so kann die bereits früher erworbene

schiedenheit der Entscheidung der einschlagenden Fragen für diese beiden Gattungen des gleichzeitigen Vermögensrechts motivirt.

27) Vgl. Savigny S. 530. 531.

28) Pat. v. 7. Sept. 1848 Erlaß des Justizminist. v. 2. Oct. 1849.

29) Vgl. Savigny S. 421 fg.

30) Hüttner §. 27.

31) Vgl. insbes Savigny S. 423 531. 539.

Hypothek (im Gegensatz zum pignus) nicht fortbestehen. Und ganz das Gleiche gilt, wenn zur Existenz des Unterpfandes an liegenden Gütern eine Eintragung in die öffentlichen Bücher erfordert wird, da zwei verschiedene Systeme nebeneinander nicht bestehen können[32].

III. Obligationenrecht. — A. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen sind in materieller[33] Beziehung nach den Gesetzen der Zeit zu beurtheilen, da sie geschlossen wurden[34]. Nach den Gesetzen dieser Zeit sind die Giltigkeit, der Grad und die Art der Wirksamkeit einer Obligatio (Klagbarkeit, Anfechtbarkeit derselben u. s. w.), so wie die rechtlichen Folgen derselben zu beurtheilen[35]. Daher ist die Frage über die Widerruflichkeit einer Schenkung, über die Wirkung des Irrthums, Betrugs und Zwangs bei Verträgen, über den Umfang des Rechtsmittels aus der Verletzung über die Hälfte[36], über die Gewährleistung wegen physischer und rechtlicher Mängel einer Sache, über die Vererblichkeit der Verträge, über die Wirkung der beigefügten Bedingung, Zeitbestimmung, über den Grad der zu prästirenden Culpa[37] u. s. w. nach den Gesetzen der Zeit zu beurtheilen, in welcher der Vertrag geschlossen wurde[38]. Auch neue Prohibitivgesetze ändern die rechtlichen Wirkungen früher geschlossener Verträge nicht[39]. Daher hat die österreichische Gesetz-

---

32) Ich kann daher auch die Ansicht Fischer's (Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 II S. 247 fg.) welchem unsere übrigen Schriftsteller (so noch ganz neuerlich Stubenrauch I S. 87) aufs Wort folgen, nicht theilen, sondern halte sie vielmehr fast nach allen Seiten hin für ganz verfehlt.

33) Über die Fähigkeit zur Vornahme des Rechtsgeschäfts s. Nr. 13 über die Form des Vertrags Nr. VII.

34) cf. l. 8 pr. D. mand. (17, 1) l. 54 D. pro soc. (17, 2). Savigny S. 435 fg., Wächter S. 470 fg.

35) Daher bleibt z. B. ein antichretischer Vertrag, der unter der Herrschaft des älteren Rechts giltig geschlossen werden konnte, auch unter der Herrschaft des österr. Gesetzb. (§. 4372) giltig. Daher ist ein Schenkungsvertrag, der unter der Herrschaft des römischen Rechts mündlich geschlossen wurde, auch unter der Herrschaft des österr. Gesetzb. (§. 943) klagbar.

36) Holzschuher I S. 44 Nr. 20. Mit Unrecht ist Reinhardt S. 18 anderer Ansicht.

37) Mit Unrecht ist Holzschuher I S. 37 Nr. 9 entgegengesetzter Ansicht.

38) Die Frage ob Kauf Miethe bricht ist nach den zur Zeit des geschlossenen Miethvertrags herrschenden Gesetzen zu beurtheilen; vgl. Savigny S. 444. 442. Diese Ansicht ist auch Holzschuher I S. 37 Nr. 10 aber aus unrichtigen Gründen.

39) Das Gegentheil wurde früher häufig behauptet wegen der Entscheidung

gebung ganz richtig bestimmt, daß Zinsen aus einem früher geschlossenen Vertrage, mögen sie auch höher sein als die jetzt gestatteten, unter der Herrschaft des neuen Gesetzes in der stipulirten Höhe fortbezahlt werden müssen[40]. In Übereinstimmung hiermit wird Jemand der sich vor dem 1. Mai 1853 aus einem Darlehen mit Unterpfand 6 Procent Zinsen in Ungarn versprechen ließ, dieselben auch jetzt (§. 994 a. b. G. B.) fortbeziehen dürfen.

B. Obligationen, welche aus unerlaubten Handlungen (ex delicto) entspringen, werden nach den Gesetzen der Entstehungszeit beurtheilt[41]. Daher richtet sich z. B. der Umfang der Schadenersatzpflicht nach den Gesetzen der Zeit, da der Schade angerichtet wurde. Hierher gehört auch die Verpflichtung aus dem unerlaubten Beischlaf gegenüber der Geschwängerten. — Obligationen, deren Inhalt durch eine unerlaubte Handlung modificirt wird, werden jedoch in Ansehung der rechtlichen Wirkungen dieser Modification nach den Gesetzen beurtheilt, welche zur Zeit herrschten, da die Obligation entstand[42]. Daher sind insbesondere auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes die Verzugszinsen nach der Bestimmung des alten

---

in der vielbesprochenen l. 27 C. de usur. (4, 32), so z. B. von Weber S. 124, Reinhardt S. 19; s. aber dagegen Bergmann §. 30, Kierulff I S. 71 Note **, Wächter S. 173 Note 10, Puchta Pandekt. §. 111 Note e, Savigny S. 137, Bangerow I S. 86. In neuester Zeit hat jedoch Scheurl in der im vorigen Paragraph Note 8 angeführten Abhandl. S. 143 jene Constitution aus innern Gründen rechtfertigen zu können geglaubt.

40) Wucherpatent v. 8. Dec. 1803 §. 39. Eine entgegengesetzte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 10. Febr. 1853 theilt die allgem. Gerichtszeit. 1855 in Nr. 110 mit.

41) Savigny S. 145.

42) Wenn daher z. B. ein neues Gesetz vorschriebe, daß die dreijährige Nichtzahlung einer stipulirten Leibrente den Rentenberechtigten zur Rückforderung des Capitals berechtige, so würde dieses Gesetz auf einen früher geschlossenen Leibrentencontract nicht zur Anwendung kommen, sollte auch erst unter der Herrschaft des neuen Rechts ein dreijähriger Renteurückstand sich ereignen. (Die entgegengesetzte Ansicht wird vertheidigt von Holzschuher I S. 40. 41. Nr. 19.) Nur ist in Ansehung jener Modificationen sorgfältig zu unterscheiden, ob sie auf einem materiellen oder einem formellen Rechtsgrund beruhen. Letztere sind unzweifelhaft nach der Bestimmung des neuen Gesetzes zu beurtheilen; zu ihnen gehören z. B. manche Fälle, in welchen nach röm. Recht die Ableugnung der Schuld die Strafe des doppelten Ersatzes zur Folge hat (lis infitiando crescit in duplum vgl. Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd XIV Nr. 9).

Geſetzes zu entrichten, welches zur Zeit herrſchte, da die Obligation entſtand, deren Erfüllung unter der Herrſchaft des neuen Geſetzes verzögert wird[43].

C. Die Regeln über die Auslegung von Verträgen, welche ein neues Geſetzbuch aufſtellt, müſſen ſofort auch auf alle unter der Herrſchaft des alten Geſetzes geſchloſſenen Verträge angewendet werden[44].

D. Die Zuläſſigkeit und Wirkſamkeit der Beweismittel neuer Obligationen richten ſich nach den Geſetzen zur Zeit der Beweisführung[45].

E. Im Concurs richtet ſich die Rangordnung der chirographariſchen Gläubiger nach den Geſetzen der Zeit, da der Concurs eröffnet wurde, und die Zeit der Entſtehung der Forderung iſt ohne Einfluß[46]. Dieſer Grundſatz iſt auch in der öſterreichiſchen Geſetzgebung anerkannt worden[47].

IV. Reallaſten. Erſcheint ein neues Geſetz, welches die Reallaſten für einſeitig ablösbar erklärt oder ſie gänzlich aufhebt, ſo trifft dasſelbe alle bereits vorhandenen Reallaſten. Solche Geſetze hat die neueſte Zeit in Menge und ſo auch insbeſondere für Öſterreich gebracht.

V. Familienrecht. A. Die Ehe. — 1) Die Frage, ob eine Ehe rechtsgiltig abgeſchloſſen wurde, iſt ſtets nach den Geſetzen der Zeit zu beurtheilen, in welcher ſie geſchloſſen ward. Dieß hat die öſterreichiſche Geſetzgebung zu wiederholten Malen anerkannt[48].

---

43) Vgl. Bergmann S. 42 Note 38, Brinckmann in der krit. Zeitſchr. für die geſammte Rechtswiſſ. Heidelberg Bd. II (1854) S. 224. Die entgegengeſetzte Anſicht wird vertheidigt von Petruska in der öſterr. Gerichtsz. 1853 Nr. 124; ſeine irrige Annahme einer ſ. g. justa mora iſt mit Recht von Brinckmann a. a. O. getadelt worden.

44) Vgl. Seuffert Archiv der Entſcheidungen der oberſten Gerichtshöfe I Nr. 151. A. A. Zachariä I §. 30.

45) Eine Ausnahmsbeſtimmung enthält l. 18 C. de testib. (4, 20). — Daher iſt auch die Fähigkeit der Beweiszeugen nach dem zur Zeit der Beweisführung herrſchenden Recht zu beurtheilen. (A. A. Zachariä a. a. O. No. 5). Nur muß man ſich hüten hiermit die Frage zu verwechſeln, nach welchem Recht die Fähigkeit der Solennitätszeugen zu beurtheilen ſei; in dieſer Beziehung kommt es allerdings auf das Recht der Zeit an wo die Handlung vorgenommen wurde, vgl. l. 22 §. 4 D. qui test. fac. (28, 1).

46) Savigny S. 446, Koch I §. 36 Nr. V.

47) Proviſ. Concursordn. für Ungarn u. ſ. f. v. 48. Juli 1853. Allgem. Beſtimm. Art. II. Ob die Ausnahme, welche dieſes Geſetz im §. 42 Abſ. 2 von jenem Grundſatz macht, zu rechtfertigen ſei, iſt noch ſehr fraglich.

48) Patent v. 20. Apr. 1845 §. 1 (Michel Nr. 180); Hofdecr. v. 22. Nov.

2) Trifft ein neues Gesetz die Bestimmung, daß aus einem Eheverlöbniß auf die Vollziehung der Ehe nicht geklagt werden dürfe (§. 45 a. b. G. B.), so findet dasselbe sofort auf die unter der Herrschaft des canonischen Rechts geschlossenen Eheverlöbnisse Anwendung, weil ein solches Gesetz ein singuläres ist, das einen gewissen sittlichen Gesichtspunkt zur rechtlichen Geltung zu bringen sucht[49]. 3) Der Umfang der ehemännlichen Gewalt erweitert und verengt[50] sich mit dem neuen Gesetz, da die Herrschaft des Mannes über das Weib eine sittliche, in rechtliche Form gekleidete Herrschaft ist. 4) Die Fragen über Trennung der Ehe und Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett sind nach dem neuen Gesetz zu beurtheilen, ohne Rücksicht auf die Zeit, in welcher die Ehe geschlossen wurde, da sich auch hierin ein ethisches Princip zur rechtlichen Geltung bringt[51]. Diesen Grundsatz hat die österreichische Gesetzgebung zu wiederholten Malen anerkannt[52]. — Auch die Frage über die Wiederverehelichung geschiedener und getrennter Ehegatten ist nach den neuen Gesetzen zu beurtheilen, mag immerhin die Scheidung oder Trennung unter der Herrschaft des alten Gesetzes stattgefunden haben, da sich hieraus bloß die

---

1845 §. 1 (Michel 184) und in neuester Zeit Patent für Krakau v. 23. März 1852 Art. I und Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen Art. XII Nr. 1 Abs. 1.

49) Ein solches Gesetz geht nemlich von dem Gedanken aus, daß die Klage auf Vollziehung der Ehe deßhalb versagt werden müsse, weil zur Eingehung der Ehe volle Freiheit des Entschlusses erforderlich sei. Geht man einmal von diesem Gesichtspunkt aus, so muß es in der That gleichgiltig erscheinen, wann das Versprechen gegeben wurde, aus welchem jener für unzuläßig erkannte Zwang geübt werden will.

50) Vgl. Zachariä I §. 80 Note 4.

51) Und dieß muß selbst dann gelten, wenn der nunmehr nicht mehr anerkannte Scheidungs- oder Trennungsgrund vor der Herrschaft des neuen Gesetzes eintrat (vgl. Holzschuher I S. 40 Nr. 45). Führt ein neues Gesetz einen neuen Grund zur Trennung oder Scheidung der Ehe ein, so kann aus dem vor der Herrschaft des neuen Gesetzes eingetretenen Grund dennoch gegenwärtig auf Trennung nicht geklagt werden, vgl. Savigny S. 524 fg.

52) Patent v. 20. April 1845 §. 2, Hofdecr. v. 22. Nov. 1845 §. 2, Patent v. 23. März 1852 Art. III: „Alle bisher anhängigen und künftig vorkommenden Fälle, in welchen es sich um die Trennung der Ehe oder um Scheidung von Tisch und Bett handelt, können, die Ehe mag unter was immer für eine Gesetzgebung geschlossen sein, nur nach den im a. b. G. B. ertheilten Vorschriften entschieden werden." — Anders lautet die Bestimmung des Kundmachungspat. für Ungarn, indem hiernach (Art. XII Nr. 1 Abs. 2) alle bereits anhängigen Streitigkeiten über Trennung der Ehe oder Scheidung nach den früheren Gesetzen zu beurtheilen sind.

abſtracte Möglichkeit zur Eingehung einer neuen Ehe ergibt[53]. 5) Das eheliche Güterrecht iſt ſtets nach den Geſetzen der Zeit zu beurtheilen, da die Ehe geſchloſſen wurde[54]. Auch dieſe Regel wurde von der öſterreichiſchen Geſetzgebung anerkannt[55]. 6) Die Erbfolge der Ehegatten iſt in jenen Fällen, wo ſie ſich als reine Erbfolge darſtellt, nach dem Nr. VI Geſagten, dafern ſie aber als Nachwirkung eines ſchon unter den Lebenden beſtehenden Güterrechts erſcheint, nach den Geſetzen der Zeit, da das eheliche Güterrecht begründet wurde, zu beurtheilen[56].

*B. Väterliche Gewalt. 1) Die Entſtehung der väterlichen Gewalt durch Geburt, Adoption u. ſ. w. richtet ſich nach den Geſetzen der Zeit, in der die Thatſachen vorfielen, welche ſie herbeizuführen geeignet ſind. 2) Der Umfang der väterlichen Gewalt richtet ſich, ſoweit es ſich um die perſönlichen Rechte des Vaters über ſein Kind handelt, nach den jeweilig herrſchenden Geſetzen. 3) Das Gleiche gilt in Beziehung auf die Rechte der Eltern an dem Vermögen ihrer Kinder. Dieſe Rechte ſind ein unmittelbarer Ausfluß aus dem die rechtlichen Verhältniſſe zwiſchen Eltern und Kindern nach ſittlichen Principien regelnden Geſetz: ſie ſtehen und fallen daher mit demſelben. Führt alſo z. B. ein neues Geſetz den elterlichen Nieß-

53) Dieß hat die öſterr. Geſetzgebung zu wiederholten Malen anerkannt. Patent v. 20. April 1845 §. 2: „Die vor dieſer Anordnung nach den bisherigen Geſetzen getrennten und nicht wieder verehelichten Eheleute, denen die Wiedervereinigung miteinander allerdings erlaubt iſt, können während der Lebenszeit ihres getrennten Gegentheils nur dann in ſo fern zu einer neuen Ehe ſchreiten, wenn und inwiefern dieſe neue Ehe den neuen hierwegen erlaſſenen Vorſchriften angemeſſen iſt.“ Gleichlautend Hofdecr. v. 22. Nov. 1845 §. 2, Patent v. 23. März 1852 Art. III.

54) Vgl. Savigny S. 495. 496, Wächter S. 474; vgl. auch Reinhardt S. 20 fg., bei dem ſich aber viel Unrichtiges findet.

55) Patent v. 29. Nov. 1852 zur Regelung der Aviticität in Ungarn Hauptſt. II §. 43: „Die von der Wirkſamkeit des a. b. G. B. geſchloſſenen Eheverträge und Erbverträge zwiſchen Ehegatten bleiben in Kraft und ſind ſo wie das zwiſchen Eheleuten beſtandene geſetzliche Recht des Miteigenthums auf das während der Ehe Erworbene (jus coacquisitionis) nach den zur Zeit der Schließung der Ehe beſtandenen Geſetzen zu beurtheilen.“

56) Das Note 55 angeführte Geſetz fährt fort: „Die Erbfolge in den Nachlaß des verſtorbenen Ehegatten auf Grund des Geſetzes (alſo reine Erbfolge ab intestato) richtet ſich jedoch, wenn der Tod desſelben nach eingetretener Wirkſamkeit des a. b. G. B. erfolgt iſt, nach dem letzteren.“ Vgl. Savigny S. 496 und die Entſcheidung des oberſten Gerichtshofs v. 14. März 1853 mitgetheilt in der allg. Gerichtszeit. 1855 Nr. 110.

brauch ein, oder hebt es ihn auf, oder erstreckt es ihn auf längere oder kürzere Zeit, so müssen dessen Bestimmungen sofort in Anwendung kommen, und zwar auch in Ansehung des bereits vorhandenen Vermögens der Kinder[57]. Die österreichische Gesetzgebung scheint jedoch in einem wohl etwas zu weit gehenden Bestreben bestehende Rechte zu schützen, principiell zwischen einem bereits bestehenden concret gewordenen Recht der Eltern an dem Vermögen ihrer Kinder und jenem, welches erst am künftigen Vermögen entstehen würde, zu unterscheiden und ersteres auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes unberührt fortbestehen zu lassen[58]. 4) Die Auflösung der väterlichen Gewalt steht unter den Gesetzen, die zur Zeit der Auflösung herrschen; daher ist die Auflösung der väterlichen Gewalt in Ungarn fortan nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen[59].

C. Uneheliche Kinder. Ein neues Gesetz über die rechtlichen Verhältnisse zwischen den unehelichen Kindern und ihren Eltern muß sofort auf alle bereits geborenen unehelichen Kinder zur Anwendung kommen, da diese Gesetze sittliche Zwecke zu fördern bestimmt sind. Das Gleiche gilt von der Paternitätsklage. Wenn daher ein neues Gesetz den Grundsatz des französischen Rechts la recherche de la paternité est interdite (Cod. civ. a. 340) einführt, so kann nach Kundmachung desselben keine Klage auf Anerkennung der Vaterschaft aus einem früher stattgehabten unehelichen Beischlaf von einem österreichischen Gericht angenommen werden. Und umgekehrt, wenn ein neues Gesetz jenen Grundsatz des französischen Rechts aufhebt, so

57) Vgl. Savigny S. 504 fg.; s. auch Weber S. 86, Reinhardt S. 44, Bergmann S. 29, Koch I §. 36 Nr. II.

58) So erklärt das Hofdecr. v. 12. Dec. 1817, daß „das durch das französische und italienische Gesetzbuch im Art. 384 den Eltern eingeräumte Nutznießungsrecht an dem Vermögen ihrer Kinder in Beziehung auf das während des Bestandes jenes Gesetzbuchs schon vorhandene Vermögen der Kinder denselben durch die Einführung des a. b. G. B. nicht benommen wurde, sondern ihnen noch ferner in der Art und Dauer zustehe wie das französ. und ital. Gesetzbuch anordnet." Übereinstimmend lautet das Kundmachungspat. f. Ungarn Art. XII Nr. 3. — Auch unsere österr. Schriftsteller glauben hierin eine Consequenz des Grundsatzes daß Gesetze nicht zurückwirken sehen zu dürfen; vgl. z. B. Winiwarter I S. 66. 67, Stubenrauch I S. 36.

59) Während also bisher ein selbst großjährig gewordener Sohn so lange nicht als emancipirt angesehen wurde als er sich noch im väterlichen Hause befand, wird er jetzt mit dem Alter von 24 Jahren ohne Rücksicht auf Separation als befreit von der väterlichen Gewalt anzusehen sein.

können die bereits früher gezeugten unehelichen Kinder sofort auf Anerkennung der Vaterschaft und Einräumung aller Rechte, welche das neue Gesetz den unehelichen Kindern zuerkennt, klagen[60]. — Die Legitimation unehelicher Kinder per subsequens matrimonium richtet sich nach den Gesetzen der Zeit, da die Ehe geschlossen wurde.

VI. Erbrecht. A. Testament. Nach der ausdrücklichen wiederholt getroffenen Bestimmung der österreichischen Gesetzgebung wird ein unter der Herrschaft des alten Gesetzes errichtetes Testament in allen Beziehungen nach den Vorschriften des alten Gesetzes beurtheilt, sollte auch der Erblasser erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gestorben sein[61]. Dieß gilt somit nicht bloß in Ansehung der Form des Testaments (Nr. VII) und der Handlungsfähigkeit des Testators[62], sondern auch in Ansehung der Rechtsfähigkeit des Testators, der Erbfähigkeit der Erben und Legatare[63]

---

60) Vgl. Savigny S. 529. 530, Weber S. 79—82, Koch I §. 36 Nr. III. — Unsere österr. Schriftsteller behaupten in der Regel das Gegentheil und sind somit der Ansicht, daß ein unter der Herrschaft des französischen Rechts gezeugtes uneheliches Kind auch nach Einführung des a. b. G. B. nicht auf Anerkennung der Vaterschaft klagen könne; vgl. z. B. Winiwarter I S. 70, Stubenrauch I S. 90. Wenn sich diese Schriftsteller für ihre Ansicht stets auf einen in Pratobevera's Materialien (II S. 354—364) dargestellten Rechtsfall beziehen, so geschieht diese Berufung ohne allen Grund, da es sich 1) bei der Referirung jenes Rechtsfalls lediglich darum handelte, dem §. 163 a. b. G. B. in legislativer Beziehung den Vorzug vor dem a. 340 des Cod. civ. zu vindiciren, und da 2) nur am Schluß im Vorübergehen die Frage angeregt wird, ob das früher erzeugte uneheliche Kind unter der Herrschaft des a. b. G. B. auf Anerkennung der Vaterschaft klagen könne (S. 360). Diese Frage wird wie gesagt nur angeregt nicht entschieden; der Darsteller jenes Rechtsfalls scheint sich aber der im Text vertretenen Ansicht zuzuneigen.

61) Absatz V des Kundmachungspat. v. 1. Juni 1811, Hofdecr. v. 16. Nov. 1811: — „haben S. k. k. Majestät zu erklären geruht daß — überhaupt zufolge des V. Absatzes des Kundmachungspatents u. §. 5 des a. b. G. B. die vor der Wirksamkeit desselben errichteten letzten Willenserklärungen, obschon der Tod des Erblassers späterhin erfolgte, nicht nur in Hinsicht auf die Giltigkeit der äußeren Form, sondern auch in Hinsicht auf den Inhalt nach den früher zur Zeit der Errichtung bestandenen Gesetzen zu beurtheilen seien." Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen Art. XII Nr. 2 Abs. 3, vgl. Note 63.

62) Vgl. Savigny S. 462. 468. Daher bleibt z. B. ein nach ungarischem Recht von einem Minderjährigen nach erreichtem 12. Lebensjahr über sein selbsterworbenes Vermögen errichtetes Testament auch unter der Herrschaft des bürgerl. Gesetzbuchs (§. 569) giltig.

63) Mit Unrecht behauptet Stubenrauch I S. 88 lit. a, daß nach österr. Recht die Erbfähigkeit der Bedachten lediglich nach den zur Zeit des Erbanfalls

und in Ansehung des materiellen Inhalts des Testaments, also rücksichtlich des Pflichtheils, der Enterbung, der falcidischen Quart u. s. w.[64]. Wie unrichtig und dem Wesen eines Testaments zuwiderlaufend diese Bestimmung sei, hat schon Hüttner[65] erkannt, und kann darüber nach den classischen Erörterungen Savigny's[66], worauf hier verwiesen wird, nicht der mindeste Zweifel bestehen.

B. Intestaterbfolge[67]. Diese richtet sich nach den Gesetzen zur Zeit des Erbanfalls, da das Recht auf Succession so lange kein

---

geltenden Gesetzen zu beurtheilen sei. Die entgegengesetzte Entscheidung ergibt sich schon aus den Note 64 citirten Stellen und ist überdieß klar ausgesprochen im Aviticitätspatent v. 29. Nov. 1852 Hauptst. II §. 6; „Die Giltigkeit der vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. errichteten letztwilligen Anordnungen oder Erbverträge ist sowohl in Bezug auf die Erbfähigkeit der eingesetzten Erben als auf das Verfügungsrecht des Erblassers nach den zur Zeit der Errichtung des Testaments geltenden Gesetzen zu beurtheilen."

64) Die gleiche Ansicht herrschte früher ziemlich allgemein unter den Schriftstellern besonders unter Berufung auf Nov. LXVI c. 1 §. 2—5 (in welcher es freilich scheinbar ganz allgemein heißt: Erit namque absurdum ut quod factum est recte ex eo quod tunc non erat factum postea mutetur), vgl. z. B. Bergmann S 90 fg., Reinhardt S. 45. 46 (bei dem sich Richtiges und Unrichtiges vermischt findet), Kierulff S. 69 Note *, Holzschuher I S. 39 Nr. 12, ja wie es scheint selbst Wächter S. 170 lit. a und Note 5. — Daß aber jene Novelle in der That bloß eine individuelle Entscheidung nicht aber ein allgemeines Princip enthalte darüber s. Puchta §. 111 Note e, Savigny S. 478.

65) In der angef. Abhandl. §. 40. Nur glaubt Hüttner (§. 20, in Widerspruch mit sich selbst §. 40) aus innern Gründen die Bestimmung rechtfertigen zu können, daß sich der Pflichttheil nach den zur Zeit der Testamentserrichtung bestehenden Gesetzen zu richten habe, „da es ohne Testament keinen Pflichttheil geben — er ohne Testament gar nicht gedacht werden könne, also mit demselben fallen oder gelten und derselben Quelle der Beurtheilung unterliegen müsse." Allein diese Argumentation ist ganz unhaltbar. Allerdings setzt der Pflichttheil ein Testament voraus: aber die Bestimmung des Pflichttheils gehört zum Inhalt des Testaments und dieser ist wie auch Hüttner §. 40 richtig erkennt nach den neuen Gesetzen zu beurtheilen. Übrigens kommt man mit jener Bestimmung in einen großen Widerspruch mit der Bestimmung über die gesetzliche Erbfolge. Diese richtet sich unbestritten (vgl. Text lit. B) nach den Gesetzen zur Zeit des Todes, der Pflichttheil aber wird mit Rücksicht auf die gesetzliche Erbfolge bemessen (§§. 765. 766 a. b. G. B.). Bemißt man nun den Pflichttheil nach dem alten Gesetz, so werden hiermit dessen Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge implicite zur Anwendung gebracht, was doch wieder nicht der Fall gewesen wäre, wenn der Erblasser ab intestato gestorben wäre. — Consequent durchgeführt müßte der von der österr. Gesetzgebung befolgte Grundsatz dahin führen, daß wenn ein neues Gesetz die testamentarische Erbfolge abschaffte, die früher errichteten Testamente dennoch wirksam blieben.

66) System VIII §. 393. 394.

67) Savigny VIII §. 395. Hüttner §. 23.

erworbenes ist, bis nicht die Erbschaft in Folge des Todfalls deferirt wurde[68]. Die österreichische Gesetzgebung hat diesen Grundsatz wiederholt anerkannt[69], daher richtet sich insbesondere auch die Erbfähigkeit des Intestaterben nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls; dieser ist regelmäßig der Tod oder ausnahmsweise der Hinwegfall eines etwa vorhandenen Testaments.

C. Erbverträge sind nach den Gesetzen der Zeit zu beurtheilen, in welcher sie geschlossen wurden. Verbietet daher ein neues Gesetz gewissen Personen Erbverträge zu schließen, so bleibt dennoch der unter der Herrschaft des alten Rechts geschlossene Erbvertrag auch unter der Herrschaft des neuen Rechts giltig. Diesen Grundsatz hat die österreichische Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt[70].

VII. Form der Rechtsgeschäfte. Die Form der Rechtsgeschäfte wird nach den Gesetzen der Zeit beurtheilt, da sie vorgenommen wurden (tempus regit actum)[71]. Ist daher das Rechtsgeschäft mit Beobachtung der Form vollzogen worden, welche das ältere Gesetz vorschreibt, so bleibt dasselbe giltig, mag auch immerhin das neue Gesetz andere oder mehr Förmlichkeiten vorschreiben[72]. Auch kommt es in dieser Beziehung durchaus nicht darauf an, ob der Verfügende Zeit gehabt hätte, das Rechtsgeschäft abermals mit Beobachtung der von dem neuen Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten vorzunehmen oder nicht[73]. Ist dagegen das Rechtsgeschäft unter der Herrschaft des alten Gesetzes mit Vernachlässigung der von demselben vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten vorgenommen worden,

---

68) Mit Unrecht sehen Bergmann S. 34 u. Reinhardt S. 42 fg. auf den Zeitpunkt des Antritts der Erbschaft; vgl. dagegen auch Holzschuher I S. 44. 42 Nr. 23.

69) Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen Art. VII Nr. 2, Aviticitätspat. Hauptst. II §. 8.

70) Aviticitätspat. Hauptst. II §. 6 f. Note 68.

71) Savigny S. 408—448, Weber S. 90 fg.

72) War also z. B. unter der Herrschaft des ältern österr. Rechts ein Testament mit Zuziehung von zwei Zeugen errichtet worden (Suttinger Consuetud. Austriac. II 447 Verordn. v. 4. Sept. 4774), so blieb es auch unter der Herrschaft des bürgerl. Gesetzbuchs (§. 579), welches die Zuziehung von drei Zeugen vorschreibt, giltig.

73) Dieß sagt ausdrücklich das Kundmachungspat. v. 4. Juni 4844 im V. Absatz: eine ausdrückliche Erklärung, welche wohl durch die abweichenden Ansichten älterer Schriftsteller (vgl. z. B. auch noch Sönner S. 455 u. Zachariä I §. 80 Note 3) hervorgerufen wurde.

so bleibt dasselbe auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ungiltig, mag es immerhin etwa den jetzigen Formen entsprechen[74]. Von diesem Grundsatz hat die österreichische Gesetzgebung in neuester Zeit eine singuläre Ausnahme gemacht[75].

VIII. Ersitzung und Verjährung[76]. Diese beiden Institute werden hier gemeinschaftlich behandelt, weil es sich bei beiden um Thatsachen handelt, welche längere Zeit fortdauern müssen, um gewisse rechtliche Wirkungen und Folgen hervorzubringen, und daher bei beiden gemeinschaftlich die schwierige Frage entsteht, wie es zu halten sei, wenn jene Thatsachen theils unter der Herrschaft des alten theils unter der Herrschaft des neuen Gesetzes vorfielen[77]. Betrachten wir diesen Fall abgesehen von den positiven Bestimmungen der österreichischen Gesetzgebung, so stellt sich die Sache folgendermaßen dar. Solange die Ersitzung oder Verjährung nicht vollendet ist, so lange ist weder ein Recht noch die Befreiung von einer Verpflichtung erworben. Es ist die Erwerbung eines Rechtes[78] bloß vorbereitet, also nur die Erwartung auf den Erwerb eines Rechtes vorhanden. Da nun bloße Erwartungen nicht geschützt werden, so hat das neue Gesetz sofort auf den unvollendeten Zustand einzuwirken. Werden

74) Auch darüber waren die Schriftsteller lange Zeit verschiedener Ansicht, vgl. z. B. Weber S. 54. 90. 92. 97, Herrnstdorf S. 77, Bergmann S. 34; s. jetzt aber insbes. Savigny S. 409 fg. — Wenn daher z. B. unter der Herrschaft des westgaliz. Gesetzb. ein Testament ohne Datum errichtet wurde (II §. 573), so blieb es auch unter der Herrschaft des Gesetzb. v. Jahr 1811 (§. 578) ungiltig.

75) Es ist nemlich im Hauptst. II §. 7 des Aviticitätspat. v. 29. Nov. 1852 bestimmt, daß die Giltigkeit der vor der Wirksamkeit des a. b. G. B. errichteten letztwilligen Anordnungen mit Rücksicht auf die äußeren Förmlichkeiten nach dem ältern oder neuen Gesetz zu beurtheilen sei, je nachdem das eine oder andere der Aufrechthaltung der letztwilligen Anordnung günstiger sei.

76) Vgl. Savigny §. 294, Wächter S. 178 fg., Vangerow I S. 69. 70, Herrmann in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd II (1846) S. 69 fg. (ein sehr unbefriedigender Aufsatz, welcher dadurch auffällt, daß von den beiden vom Verfasser aufgestellten Regeln die erste die zweite und die zweite die erste aufhebt S. 76 fg.; gegen diese Abhandl. hat sich mit Recht erklärt:) Stephan Zur Lehre von der Ersitzung im Archiv f. civil. Prax. XXXVI (1849) S. 151 fg. Vgl. ferner Scheurl in der im vor. § Note 8 angef. Abhandl.: „Zeitgrenze der Gesetzesanwendung".

77) Ist die Ersitzung oder die Verjährung unter der Herrschaft des alten Rechts bereits vollendet, so ist sie natürlich sowohl was ihre Requisite als ihre Wirkungen betrifft nach dem alten Gesetz zu beurtheilen.

78) Nemlich bei der Ersitzung eines dinglichen Rechts der Erwerb dieses Rechts selbst, bei der Verjährung der Erwerb eines Einrederechts.

daher andere Requisite[79] zur Ersitzung oder Klagverjährung, oder eine längere Zeit erfordert, so müssen diese Bedingungen des neuen Gesetzes erfüllt werden. Erklärt ein neues Gesetz ein Recht für unverjährbar, welches nach dem alten Recht verjährbar war, so hat die Verjährbarkeit sofort aufzuhören[80]. Ist endlich die Zeit, welche das neue Gesetz vorschreibt, kürzer als die vom alten Gesetz vorgeschriebene (z. B. die Ersitzungszeit wird von 10 auf 5 Jahre herabgesetzt), so muß principiell dem Verjährenden die Wahl gestattet werden, ob er sich auf die längere vom alten Gesetz vorgeschriebene oder auf die kürzere Zeit berufen wolle, welche das neue Gesetz vorschreibt, nur daß diese kürzere Zeit erst von der Wirksamkeit des neuen Gesetzes an berechnet werden kann. Diese principielle Entscheidung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß das neue Gesetz nur in dem Sinne etwas Neues enthält, als es eine kürzere Frist für genügend erklärt; es negirt also nur das Erforderniß einer längeren Zeit (10 Jahre statt 5), nicht aber das Genügen einer längeren Zeit[81]. Diese letztere Entscheidung hat auch die österreichische

---

79) Schreibt das neue Gesetz mindere Requisite vor z. B. bloß beim Beginn der Ersitzung bona fides oder bloß bona fides ohne titulus, so kann die Ersitzung mit den mindern Requisiten erst vom Tag der Wirksamkeit des neuen Gesetzes beginnen: die frühere Zeit, in welcher die vom alten Gesetz geforderten vom neuen Gesetz erlassenen Requisiten fehlten, können nicht eingerechnet werden, da hierin eine ungerechtfertigte Rückwirkung des neuen Gesetzes läge.

80) Erklärt das neue Gesetz ein Recht für verjährbar, welches bisher unverjährbar war (z. B. §. 1479 a. b. G. B. in Vergleich mit westgaliz. Gesetzb. III §. 647; Ersitzbarkeit der servitutes discontinuae nach österr. Recht, Unersitzbarkeit derselben nach französ. Recht Cod. civ. a. 694), so tritt die Verjährbarkeit auch für alle schon früher begründeten Rechte und Verbindlichkeiten erst mit dem Tag der Wirksamkeit des neuen Gesetzes ein; die Zeit des früheren Besitzes oder der früheren Versäumniß kann nicht eingerechnet werden, da hierin eine ungerechtfertigte Rückwirkung des neuen Gesetzes läge. Diese Entscheidung ist anerkannt worden im Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen Art. XII Nr. 6 Abs. 2.

81) Vgl. hierüber insbes. die scharfsinnigen Ausführungen von Scheurl in der angef. Abh. S. 144 fg. Übereinstimmend im Resultat Holzschuher I S. 44 Nr. 22 und Savigny S. 434. Die Ansichten der übrigen gemeinrechtlichen Schriftsteller weichen bekanntlich ab; die Einen wollen sofort das neue Gesetz zur Anwendung bringen, so z. B. Weber S. 156 fg., Kierulff I S. 70 fg., die Anderen eine proportionelle Berechnung eintreten lassen, so z. B. Bergmann S. 86 fg., Reinhardt S. 28, Wächter S. 484 u. Note 36, Bangerow S. 69. 70, Beseler I S. 76 Note 10 und Stephan in der angef. Abh. — Die Ausführungen Puchta's und Mühlenbruch's sind in diesem Punkt ganz unbefriedigend.

Gesetzgebung zu wiederholten Malen getroffen[82]. In Beziehung auf die übrigen Fälle aber hat die österreichische Gesetzgebung[83] bis in die neueste Zeit herauf an der unrichtigen Ansicht festgehalten, daß ein Recht auf Verjährung und Ersitzung schon mit dem Beginne derselben erworben sei, daß es sich somit um ein erworbenes Recht handle, dessen Wirkungen nur erst mit dem Ablaufe der Zeit einträten[84]. Daher ist nach den Bestimmungen des österreichischen Rechtes die Verjährung und Ersitzung, sowohl was die Länge der Zeit als die übrigen Requisite und die Wirkungen der vollendeten Verjährung oder Ersitzung betrifft[85], lediglich nach dem alten Gesetze zu beurtheilen, unter dessen Herrschaft die Verjährung oder Ersitzung zu laufen begonnen hat.

---

82) Kundmachungspat. v. 1. Juni 1811 Abs. IV, Kundmachungspat. f. Ungarn und Siebenbürgen Art. XII Nr. 6.

83) S. die Note 82 angef. Stellen, welche keinen Zweifel darüber lassen, daß man die in ihnen enthaltene Entscheidung deßhalb traf, weil man sie als eine nothwendige Folge des Grundsatzes daß Gesetze nicht zurückwirken ansah.

84) Auch die österr. Schriftsteller theilen in der Regel diese Auffassung. So z. B. sagt Winiwarter I S. 35 „das Recht diese Sache unter gewissen Bestimmungen zu erlangen (d. i. sie zu ersitzen) war schon erworben als der dazu geeignete Besitz angefangen hatte" und S. 36 „hatte die Nichtausübung eines Rechts vor dem neuen Gesetzbuch begonnen, so war eben dadurch von Seite des Verpflichteten das Recht erworben von seiner Verbindlichkeit binnen einer gewissen Zeit befreit zu werden." Also ein Recht auf Ersitzung und Verjährung, ein Recht auf Erwerbung eines Rechts, welches dem Gesetz gegenüber Selbständigkeit hat! Ja selbst Stubenrauch (I S. 33. 34) sieht in jener Bestimmung der österr. Gesetzgebung noch immer „ein Corollarium aus der im Absatz V aufgestellten Regel". — Die richtige Ansicht findet sich bei Hüttner §. 26, welcher aber mit der positiven Entscheidung der österr. Gesetzgebung in Collision geräth.

85) Daher wird z. B. die Verjährung, welche unter der Herrschaft des franzöſ. Rechts zu laufen begonnen hatte und unter der Herrschaft des österr. Gesetzbuchs beendet wurde, nur eine Präsumtion der Tilgung der Verbindlichkeit hervorbringen, welche durch Gegenbeweis zerstört werden kann (Cod. civ. a. 2275). — Consequent durchgeführt müßte diese Ansicht freilich dahin führen, daß selbst dann, wenn ein neues Gesetz ein Recht für unverjährbar erklären würde, die unter der Herrschaft des alten Gesetzes begonnene Verjährung unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortgesetzt und vollendet werden könnte. Diese Consequenz ziehen in der That manche österr. Schriftsteller z. B. Raindl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 Bd III S. 99, Pachmann Die Verjährung nach dem allg. bürgerl. Recht (1833) S. 130. 134, Stubenrauch I S. 34; während andere Schriftsteller von einem gesunden Gefühl und von richtigem juristischen Tact geleitet das Gegentheil behaupten, z. B. Rippel Erläuterungen I S. 36, Schuster Über das Baurecht u. s. f. (1849) S. 209.

IX. Privilegien. Privilegien im objectiven Sinn sind individuelle Normirungen concreter Rechtsverhältnisse, Privilegien im subjectiven Sinn die aus jenen individuellen Normirungen für eine bestimmte Person oder Sache entstandenen Rechte und Befugnisse. Sind diese einmal erworben, so gehören sie unter die Kategorie der erworbenen Rechte (jura quaesita)[86] und werden daher durch ein neues Privilegiengesetz nicht berührt. Soll ein solches Gesetz, welches neue Bestimmungen über die Erwerbung, den Umfang, die Ausübung und die Erlöschung der Privilegien enthält, dennoch auf bereits erworbene Privilegien Einfluß nehmen, so muß das neue Gesetz die ausdrückliche oder nach den Regeln der Interpretation zu erkennende Bestimmung enthalten, daß es zurückwirken wolle. So ist dieses in Österreich in neuester Zeit im §. 56 des Erfindungsprivilegiengesetzes vom 15. August 1852 geschehen[87].

II. Von den örtlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse[1].

A. Leitende Grundsätze.

§. 22. So wie die Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse in Beziehung auf die Zeit eine beschränkte ist, so ist sie es

---

86) Vgl. Puchta Vorles. I S. 70. Mit Unrecht ist Kierulff I S. 54 in diesem Punkt anderer Ansicht; vgl. unten §. 65 Note 27.

87) Dieser §. 56 bestimmt, daß „für alle Angelegenheiten, welche auf früher ertheilte Privilegien Bezug nehmen, dieselben mögen deren Ausübung, Fortdauer, Übertragung, Giltigkeit oder Aufhebung betreffen, das gegenwärtige Gesetz an der Stelle des bisherigen Privilegiengesetzes v. 31. März 1832 in volle Kraft trete".

1) Wächter im Archiv für d. civilist. Prax. Bd XXIV (1841) S. 230—311. Bd XXV (1842) S. 1—60. 161—200. 361—419 und Handb. II §§. 18—20. S. 79. 119, Schäffner Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankf. 1841, Günther in Weiske's Rechtslex. Bd IV (1843) S. 721—755, Pütter Das praktische europäische Fremdenrecht. Leipz. 1845, Savigny System VIII (1849) §§. 344—382 S. 1—368, Pfeiffer Das Princip des internationalen Privatrechts. Stuttg. 1851, Thöl Einleit. (1851) §. 71—85 S. 168—190, Hälschner Dissert. juris gentium de legum quae ad jus privatum pertinent vi et auctoritate quam obtinent ultra civitatis fines. Bonnae 1851. Pütter im Archiv für die civil. Prax. Bd XXXVII S. 381—415. Bd XXXVIII S. 57—96. Die ältere reichhaltige Literatur findet sich ausführlich verzeichnet bei Wächter a. a. O. Note 2—8, Schäffner a. a. O. §. 5, Günther a. a. O. S. 721 fg. Note 19, Savigny a. a. O. S. 8—10. Besonders hervorzuheben sind Paul. Voëtius De statut. eorumque concursu 1661, J. Voëtius

auch in Beziehung auf den Raum. Auf die Frage über die Competenz zeitlich aufeinander folgender Privatrechtsnormen soll nunmehr die Frage nach der Competenz räumlich nebeneinander bestehender Privatrechtsnormen folgen. Diese Frage ist näher dahin zu formuliren[2]: *Das Recht welches Landes ist in Anwendung zu bringen, wenn es sich um die Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses handelt, welches im Auslande begründet wurde, oder bei welchem Ausländer betheiligt sind, oder welches sonstwie mit dem Auslande in irgend einer Beziehung steht?* Der Ausdruck Ausland ist hier im weitern Sinne zu nehmen, in welchem er überhaupt ein Territorium mit verschiedenem Privatrechte bezeichnet, mag nun dieses Territorium mit dem andern, wo jene Frage zur Sprache gebracht wird, in staatsrechtlicher Beziehung eine Einheit bilden oder nicht. Die aufgeworfene Frage bezieht sich also ebenso auf die widerstreitenden Territorialrechte in demselben Staate[3], als auf widerstreitende Territorialrechte in verschiedenen Staaten[4]. Für beide Fälle sind wesentlich die glei-

---

Comm. ad Pand. I lib. I tit. IV pars 2, J. N. Hertius de collis. legum 1688. — Von ausländischen Schriftstellern sind besonders hervorzuheben Story Comment. on the conflict of laws Boston 1834. 1841, Foelix Du droit international privé Paris 1843 (nach dieser Auflage wird hier citirt) 1847, Rocco Dell' uso e autorità delle leggi delle due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri Neap. 1842. — Die österr. Schriftsteller haben dieser Lehre bisher nur noch in geringem Maß ihre Aufmerksamkeit zugewendet; Monographien gibt es nur zwei: E. P. Bromirski Diss. de vi ac potestate legum civilium austriacarum extra territorium imperii Leopoli 1820 (8. 115 p.), F. Hilleprandt Abhandl. über die Frage inwiefern ein österr. Staatsbürger bei der Unternehmung von Rechtsgeschäften im Ausland an die Privatrechtsgesetze seines Staats gebunden sei. Wien 1821. (8. 96 SS.)

2) Über diese Formulirung vgl. Wächter XXIV S. 236. 237, Savigny a. a. O. S. 18, Gerber System §. 32, Pfeiffer a. a. O. S. 1 fg., Thöl Einleit. §. 74.

3) Für Österreich hat die Frage in dieser Beziehung in neuester Zeit an Bedeutung verloren, da durch die Einführung des bürgerl. Gesetzb. in der gesammten Monarchie die bisherige Verschiedenheit der Particularrechte aufgehoben ist. Doch gibt es noch immer manche wichtige örtliche Verschiedenheiten. So gilt in Krakau noch bis zur Einführung der neuen Gerichtsorganisation (was nunmehr mit dem 29. Sept. 1855 geschehen ist) das französische Recht und zufolge des Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852 Art. III besteht für Ungarn, Croatien, Slavonien, die serb. Woiwodschaft und das Temeser Banat ein anderes Eherecht als in den übrigen Ländern der Monarchie.

4) Vgl. hierüber insbes. Savigny §§. 347. 348.

chen Grundsätze anzuwenden[5]. Was für die Colliſion verſchiedener Particularrechte desſelben Staates gilt, gilt ebenſo für die Colliſion der Territorialrechte verſchiedener Staaten und umgekehrt. Den Inbegriff der Rechtsnormen, nach welchen jene Frage zu löſen iſt, nennt man mit einem den Engländern und Amerikanern abgeborgten Ausdruck „internationales Privatrecht“[6], und ſpricht von einer Colliſion der Privatrechtsnormen (Colliſion der Geſetze)[7], unterſucht die Competenz coordinirter Geſetze, handelt von dem poſitiven Rechtsgeſetze in Beziehung auf ſeine räumlichen Verhältniſſe.

Über die Beantwortung jener Frage, welche als eine der ſchwierigſten im Gebiete der Jurisprudenz anerkannt iſt, hat man ſeit früher Zeit verſchiedene Grundſätze aufgeſtellt und auch heutzutage herrſcht unter den Schriftſtellern nichts weniger als Einigkeit, ſowohl was die Grundauffaſſung als was die Ausführung einzelner Detailfragen betrifft[8]. Die Verſchiedenheit der Grundſätze in dieſer Lehre hängt zu nicht geringem Theil ſowohl mit der Entwicklung, welche die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Fremden in Deutſchland allmälig erfahren hat, als mit der Ausbildung der modernen Idee des Staates zuſammen. Die Fremden galten in Deutſchland anfangs in der Regel als rechtlos. In jenen Fällen, wo ſie als rechtsfähig anerkannt wurden, wurden ſie nach dem Rechte des Volksſtammes, dem ſie angehörten, beurtheilt. Dieſes iſt das ſogenannte Syſtem der perſönlichen Rechte[9]. Späterhin entwickelte ſich, insbeſondere unter dem

---

5) ſ. hierüber insbeſ. Savigny S. 19—28. 27. Manche Schriftſteller ſtatuiren jedoch einen weſentlichen Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Colliſionsfällen, ſo Puchta Pand. §. 113 Note b—d, Hälſchner l. c. p. 3, Pütter Arch. XXXVII S. 386 fg.; ſ. dagegen Gerber Syſtem §. 32 Note 3, Walter Deutſch. Privatr. S. 41, vgl. auch Pfeiffer S. 25 ff.

6) Über dieſen Ausdruck vgl. Schäffner §. 1.

7) Über dieſe Bezeichnung vgl. Wächter Handb. II S. 30 Note 2.

8) Daß das römiſche Recht für dieſe Materie keinen Anhaltspunkt gewähre, darüber iſt man heutzutage einig; vgl. ſchon Kierulff Theorie I S. 73. 74 und insbeſ. Wächter XXIV S. 242—252, Savigny S. 39 fg., Schäffner §. 8—11.

9) Vgl. Eichhorn Staats- und Rechtsg. §§. 46. 193. 336, Savigny Geſch. d. röm. Rechts im M. A. I §. 30—54, Waitz Verfaſſungsgeſch. II 78. 79, Walter Deutſche R. Geſch. §§. 137, 138, Wächter XXIV S. 252. Auch hier konnten ſich Colliſionsfälle in ſo fern ergeben als die Parteien zu verſchiedenen Volksſtämmen gehörten, vgl. hierüber Eichhorn I S. 296 fg., Savigny a.

Einflusse des Feudalwesens [10], die Idee des Staates als eines auf einem abgeschlossenen Gebiete existirenden Ganzen, und der Fremde wurde, zunächst soweit es sich um Grundstücke, die in einem Territorium lagen, handelte, nicht mehr nach seinem persönlichen Rechte, sondern nach dem Rechte des Territoriums, in dem die Immobilien lagen, beurtheilt [11]. Mit der Entwicklung der Territorialhoheit bildete sich auch die Idee eines Territorialrechtes aus [12], d. h. eines Rechtes, welchem alle Einwohner des Landes ohne Rücksicht auf ihre nationale Abstammung unterworfen sein sollten. Diesem Territorialrechte wurden nunmehr auch die Fremden in jeder Beziehung unterworfen, und in allen Fragen, welche vor den Richter gebracht wurden, nach dem Rechte entschieden, welches dem Richter durch sein Territorium gesetzt war [13]. Das Territorialsystem herrschte nunmehr in seiner vollen Exclusivität. Es war die Zeit, wo das Princip der Souveränität mit Eifersucht bewahrt und die Anwendung eines fremden örtlichen Rechtes durch den Richter als eine Hintansetzung des eigenen Staates angesehen wurde. In jener Zeit wurde der Grundsatz der unabhängigen Staatsgewalt als der leitende und entscheidende aufgestellt, der sich in den zwei Regeln aussprach: Jeder Staat hat das Recht zu fordern, daß innerhalb seiner Grenzen lediglich sein Gesetz gelte; kein Staat kann fordern, daß sein Gesetz außer seinen Grenzen gelte. Der freundschaftliche Verkehr mit den Staaten, welcher theils durch nachbarliche Beziehungen theils mit der Zunahme der Handelsverbindungen immer lebhafter wurde, milderte allmälig jene schroffe Härte. Der einzelne Staat war auf seine Souveränität nicht mehr eifersüchtig, er erkannte auch den andern Staat bereitwillig an, und mit dieser Anerkennung des fremden Staates war auch die Anerkennung des Rechtes desselben, wenigstens in gewissen Beziehungen, verbunden. Während früher die Frage des internationalen Privatrechts

---

a. O. I S. 167 ff., Walter a. a. O. §. 189, Gaupp Die germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen u. s. f. (1844) S. 218—228. 244—248.

10) Vgl. Laferrière Hist. du droit français I 210.

11) Sachsensp. I 30 (ed. Weiske) Jelich inkomen man entfet erbe binnen deme lande zu sachsen nach des landes rechte und nicht nach des mannes rechte, he si beier swab oder franke. III 33 §. 2. §. 5 Der kung sal ouch richten umbe eigen nicht nach des mannes rechte, wen nach des landes dar ez inne ligt.

12) Maurenbrecher Lehrb. I S. 344.

13) Vgl. insbes. Wächter XXIV S. 253—255.

aus dem Gesichtspunkte der Landeshoheit gelöst wurde, wurde allmälig der Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Gemeinschaft, der comitas gentium, der herrschende. Im Zusammenhange mit dieser Veränderung des Standpunktes bildete sich jene vielbekannte Theorie der Personal-, Real- und gemischten Statuten aus[14], eine Theorie, welche, so sehr ihre Anhänger im Einzelnen untereinander abwichen, doch wenn auch nicht dem Namen so doch der Sache nach bis in die neuere Zeit herauf maßgebend blieb und auf die Abfassung der neuen Gesetzbücher unzweifelhaft einen wesentlichen Einfluß übte[15].

Der Eintheilungsgrund, welchen man jener Eintheilung der Statuten in Personal-, Real- und gemischte Statuten unterlegte — wobei übrigens noch die Frage, ob gemischte Statuten anzunehmen seien, lebhaft bestritten wurde[16], — hat sich im Laufe der Zeiten geändert[17]. Anfangs diente der Gegenstand, über welchen das Statut Bestimmungen trifft, als Eintheilungsgrund[18], und man verstand unter Personalstatuten jene Statuten, welche über die Person, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit, oder doch hauptsächlich über die Person und nur nebenher über Sachen Bestimmungen treffen; unter Realstatuten jene, welche allein oder doch hauptsächlich über Sachen; unter gemischten jene, welche über Handlungen, sei es überhaupt oder doch über deren Form, Bestimmungen enthalten[19]. Spä-

---

14) Über diese Theorie s. insbes. die gründlichen Ausführungen von Wächter XXIV S. 270—298, ferner Savigny S. 120—124, Schäffner §. 15—18. — Über eine andere Eintheilung der Statute in statuta favorabilia und odiosa s. Schäffner §. 17.

15) In Beziehung auf das französ. Recht vgl. Zachariä I §. 34 insbes. Note 4, auf das preuß. Recht Koch I §. 40, Bornemann I S. 52—67.

16) Wächter in der angef. Abhandl. Note 58. 92, Schäffner S. 23.

17) Wächter XXIV S. 256—258 insbes. Note 58. 59.

18) In diesem Sinn gebraucht auch Savigny S. 120 fg. wieder jene Ausdrücke; auch Schäffner S. 22 nimmt jene Ausdrücke nur in dieser Bedeutung.

19) So sagt J. Voët. l. c. §. 2. Nobilissima statutorum divisio est qua alia personalia sunt alia realia alia mixta. Personalia sunt quibus principaliter de universali vel quasi universali personae statu qualitate habilitate vel inhabilitate disponitur, sive nulla prorsus fiat rerum mentio sive de rebus etiam sermo sit, si modo principalis intentio statuentis non sit de re aliquid sed de persona disponere. §. 3. Realia ex adverso quae rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt, sive personae mentio facta sit sive non, si modo primaria statuentis mens sit non de personis

terhin wurde die örtliche Beziehung des Geſetzes zum Eintheilungsgrunde genommen und man verſtand unter Perſonalſtatuten den Inbegriff aller Rechtsnormen, welche an dem Orte gelten, wo die Perſon ihr Domicil hat; unter Realſtatuten das Recht, welches an dem Orte gilt, wo die Sache liegt, und unter gemiſchten Statuten die Rechtsnormen des Ortes, wo eine gewiſſe Handlung vorfiel. Mit dieſer Eintheilung war aber noch gar nichts Näheres darüber beſtimmt, welche Statuten als Perſonalſtatuten (im älteren Sinne des Wortes), welche als Realſtatuten anzuſehen ſeien. Für die Entſcheidung der Frage: disponirt ein Statut principaliter über die Perſon oder principaliter über die Sache? fehlte und fehlt es jener Theorie durchaus an dem leitenden Kriterium. Daher die ungemeine Verſchiedenheit der Anſichten unter jenen Schriftſtellern, welche dieſer Eintheilung dem Namen oder der Sache nach huldigen, daher die zahlreichen Controverſen über die Subſumtion der einzelnen Fälle unter die eine oder die andere Kategorie. Iſt das Statut, welches beſtimmt, daß ſich Ehegatten nicht beſchenken dürfen, ein Statut, welches primario über die Perſon oder primario über die Sache beſtimmen will? Als was für ein Statut iſt die Beſtimmung anzuſehen, daß der Hausſohn über ſein Adventitium teſtiren darf? u. ſ. w. Für die Beantwortung dieſer und ähnlicher Fragen fehlt es wie geſagt jener Theorie gänzlich an dem leitenden Kriterium. Die wichtige praktiſche Bedeutung nun, welche jene Eintheilung hatte, beſtand darin, daß während man zwar immer noch, beſonders anfangs, daran feſthielt daß das Statut ſich nicht über die Grenzen desjenigen erſtrecke, der es erlaſſen hat (statutum territorium non egreditur, statutum non porrigitur, statutum se non extendit extra territorium statuentis, efficacia statuti ad territorium statuentis restricta est)[20], und daß kein Staat die Statuten eines andern Staates anzuwenden verpflichtet ſei[21], doch Ausnahmen ſtatuirt wurden, in wel-

---

sed de rebus disponere. §. 4. Mixta denique non absurde dixeris ea quae neque de personis neque de rebus principaliter disponunt, sed actuum a personis circa res gerendorum, sive judicialium sive extrajudicialium, formam modum ordinem solennia definiunt.

20) Über dieſe Ausdrucksweiſe vgl. Wächter XXIV S. 271. 272.

21) Vgl. z. B. J. Voët. l. c. der §. 17 ausführlich beweiſt: personalia statuta territorium statuentis egredi non posse, nulla statuta cujuscunque

chen das Statut die Territorialgrenzen überschreiten und sich überallhin erstrecken sollte, so daß der einheimische Richter das Statut eines andern Staates zur Anwendung zu bringen habe. Diese Ausnahmen wurden allmälig immer häufiger, so daß in der That für die Regel bald kein größeres Gebiet mehr übrig blieb als für die Ausnahmen, und daß sich für gewisse Classen der Statuten die Regel »statutum egreditur territorium« herausbildete[22]. Zunächst sollte das Personalstatut (im ältern Sinne des Wortes) die Person überallhin begleiten (comitatur personam), d. h. die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person sollte auch im Auslande nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden, wo sie ihr Domicil hat. Nur gab man auch diesen Satz anfänglich nur in beschränktem Maße und theilweise zu[23] und unterschied auch später noch öfters zwischen allgemeiner und besonderer Handlungsfähigkeit, zwischen Eigenschaften an sich und ihren rechtlichen Wirkungen[24]. Die Realstatuten (im neueren Sinn des Worts) sollten unbedingt in dem Lande, wo die Sache liegt, zur Anwendung kommen[25]. In diesem Punkte hielt man am längsten an der ältern Auffassung fest, daß das Territorialrecht das allein maßgebende sein müsse; theils war es das Feudalwesen, theils die germanische Anschauungsweise, welche überhaupt auf Immobilien ganz besonderes Gewicht legt, welche an dem Grundsatz, daß in Ansehung der Immobilien das Recht des Ortes, wo sie liegen, überhaupt und in allen Stücken zur Anwendung zu kommen habe, festhalten ließen. Aber auch hierin änderte sich allmälig die Anschauung. Für die Fälle, wo Immobilien nicht als Einzelnheiten in Betracht kommen, sondern wo sie als Bestandtheile eines Vermögens, einer Sachgesammtheit im weiteren Sinn (vgl. unten §. 57 Nr. III) erscheinen, fing man seit dem 17ten und 18ten Jahrhunderte an, allmälig von der scharfen Geltung der Realstatuten Umgang zu nehmen und die Personalstatu-

conditionis egredi posse territorium statuentis und die Ausnahmen hiervon als auf bloßer comitas gentium beruhend erklärt (§§. 11. 16).

22) Wächter XXIV S. 272.

23) Im 16. Jahrh. ging man auch in Beziehung auf Personalstatute noch von der Beschränkung des Statuts auf das Territorium als Regel aus vgl. Wächter XXIV S. 275—276, und auch später noch ließ man die Personalstatuten (im älteren Sinn des Wortes) nur theilweise — nemlich nicht in Beziehung auf Immobilien — außerhalb des Territoriums wirken vgl. Wächter XXIV S. 279 fg.

24) Savigny S. 147. 184 fg., Wächter XXV S. 163 fg.

25) Über das 16. Jahrh. vgl. Wächter XXIV S. 274 fg.

ten im neueren Sinne des Wortes in Anwendung zu bringen. In Ansehung des ehelichen Güterrechts fand dieß schon früher statt[26]; aber auch rücksichtlich der Erbfolge machte sich seit dem 18ten Jahrhundert allmälig die neue Auffassung in immer größeren Kreisen geltend[27]. Was Mobilien anbetrifft, so wurde schon früher[28] die Fiction geltend gemacht, daß Mobilien in juristischer Beziehung als an dem Orte gelegen zu betrachten seien, wo der Eigenthümer seinen Wohnsitz habe[29]. Mit Hilfe dieser Fiction, welche freilich in mancher Beziehung, nemlich wo es sich um Mobilien als Einzelnheiten handelt, zu unrichtigen Resultaten führen mußte, entzog man die Mobilien in den wichtigsten Fällen, so z. B. in Ansehung der Erbfolge und ebenso in Beziehung auf die Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Eigenthümers derselben, der unbedingten Herrschaft der Realstatuten, und so ist jene Fiction als ein neuer Fortschritt im Kampfe gegen das Princip der exclusiven Geltung des Territorialrechts anzusehen. Das Gleiche gilt von den s. g. gemischten Statuten, indem sich auch hier allmälig[30] die Ansicht herausbildete, daß das Recht jenes Ortes zur Anwendung zu bringen sei, wo die betreffende Handlung vorfiel.

Auf diese Weise hatte die Theorie der Personal-, Real- und gemischten Statuten, so wenig stichhaltig auch immer die inneren Gründe sind, welche man für dieselbe anführte, und so unrichtig, verfehlt und schwankend immer die Lösung der Detailfragen ist, die sie gibt, dennoch die große Bedeutung, daß sie die exclusive Geltung und Herrschaft des Territorialrechtes kräftig durchbrach und, wenngleich nur langsam und allmälig, die Überzeugung begründete, daß die Frage, welches örtliche Recht zur Anwendung zu kommen habe, mit der Souveränität des Staates in keinem solchen Zusammenhange stehe, daß die Anwendung des fremden Rechtes als eine Verletzung der einheimischen Staatsgewalt erschiene. Kann man nun immerhin nicht, wie

---

26) Wächter XXV S. 189 Note 314.

27) Wächter XXV S. 192 fg.

28) Über das 16. Jahrh. vgl. Wächter XXIV S. 275.

29) Wächter XXIV S. 291 fg.

30) Zuerst nemlich bloß in Ansehung der Form, so noch im 16. Jahrh. (Wächter XXIV S. 276), später nach manchen Kämpfen (vgl. Wächter XXIV S. 297 Note 92 und S. 280. 288 Note 414) auch in Ansehung des Materiellen, des Inhalts des Geschäftes.

manche Schriftſteller wollen[31], jene Theorie als ein Gewohnheitsrecht darſtellen, ſo muß man doch zugeben, daß ſich im Laufe der letzten drei Jahrhunderte die Rechtsüberzeugung feſtgeſtellt hat, daß der Richter eines Staates das Recht eines fremden Staates in gewiſſen Fällen zur Anwendung zu bringen habe, und daß die Anwendung eines fremden Rechtes nicht auf einer ſingulären Conceſſion der einen oder der andern Staatsgewalt, nicht auf einem anomalen Durchbruch des Territorialprincips beruhe. Nur in Anſehung der Fälle, in welchen das fremde Recht zur Anwendung zu bringen iſt, hat jene Theorie geirrt. In dieſer Beziehung muß ſie aufgegeben und eine andere Theorie geſucht werden, welche jene Fragen befriedigend löſt. Das bleibende Reſultat jener Theorie aber iſt es, daß die Aufſtellung und Anwendung einer entſprechenden Löſung des internationalen Privatrechtes dort, wo nicht poſitive Geſetze entgegenſtehen, eine Aufgabe der freien Wiſſenſchaft iſt, und daß heutzutage von dem Grundſatze ausgegangen wird: civitas alterius civitatis leges apud se valere patitur, während man in frühern Jahrhunderten von dem entgegengeſetzten Grundſatze ausging. Wollte man nun, wie es manche neuere Schriftſteller thun[32], mit jener Theorie zugleich dieſes Reſultat auf-

---

31) Dieß iſt die Anſicht von Thibaut Syſtem §. 38 und Kierulff Theorie I S. 75 fg. Allein daß ein ſolches Gewohnheitsrecht nicht beſtehe, das hat Wächter XXIV S. 255—264 auf das Überzeugendſte dargethan.

32) So Pütter Das prakt. europ. Fremdenr., welcher ſich wieder ganz auf den Standpunkt territorialer Abgeſchloſſenheit ſtellt und in der Anwendung eines fremden Rechts eine Verletzung der Souveränität ſieht. So ſagt er z. B. S. 3: „Wie möchte ſich ein freies ſelbſtgenügſames und mächtiges ſelbſtändiges Volk dazu bequemen alle fremden Rechte und Geſetze, die ihm obendrein unbekannt ſind, in ſeinem Land gelten und gegen ſich anwenden zu laſſen, wenn Fremde zu ihm und in Verkehr mit ihm kommen?“ S. 4: „Das bürgerl. oder Privatrecht ſchließt alle fremden Landesgeſetze aus, weil der Richter, der Bürger oder der einheimiſche Privatmann kein anderes Recht als recht weiß, kennt oder anerkennt“; S. 6: „Der Staat kann kein anderes Geſetz in ſeinem Gebiet anerkennen oder anwenden laſſen, weil er ſonſt neben ſeiner eigenen auch die fremde Staatsgewalt als höchſte geſetzgebende in ſeinem Staatsgebiet anerkennen würde.“ Übrigens durchbricht Pütter ſelbſt ſein Princip in höchſt inconſequenter Weiſe, indem er als zweite Regel aufſtellt (S. 129 fg.), daß „die in fremden Landen nach dortigen Geſetzen und Rechten wohlerworbenen Rechte in jedem andern Staate nach den Landesgeſetzen anzuerkennen und zu ſchützen ſeien.“ Allein liegt hierin nicht ebenſo eine Anerkennung des fremden Rechts, wenn man die Frage, ob ein Recht wohlerworben iſt, nach dieſem fremden Recht beurtheilt? Muß nicht doch in ſolchem Fall „der Richter u. ſ. f. ein anderes Recht als das ſeine wiſſen, kennen und anerkennen“?! (vgl. gegen Pütter auch Pfeiffer S. 22 Note 34). — Ebenſo will Hälſchner

geben und sich auf den Boden des exclusiven Territorialprincips stellen, so hieße dieses in der That eine mehrhundertjährige Entwicklung kurzweg ignoriren und zu einem längst verlassenen Ausgangspunkte zurückkehren[33].

In das heutige österreichische Recht ist nicht bloß das Resultat jener Theorie der Personal-, Real- und gemischten Statuten, sondern diese selbst übergegangen. Den §§. 4. 34—37 a. b. G. B. und 300 liegt unstreitig und unzweifelhaft jene Theorie zu Grunde. Soweit nun diese Paragraphen bestimmte und klare Vorschriften enthalten, kann darüber kein Zweifel sein, daß der österreichische Richter dieselben zur Anwendung zu bringen habe, mag immerhin seine eigene theoretische Ansicht mit denselben nicht übereinstimmen[34]. Allein in jenen weni-

---

in der angef. Diss. wieder auf den längst aufgegebenen Satz zurückkehren, daß in Ermangelung besonderer positiven Vorschriften judex e solo juris proprii fonte judicium repetat (p. 6) und will diesen Satz damit begründen (p. 8 sq.) unaquaeque civitas habeat potestatem constituendi sibi ipsi leges necesse est: nec licet (?) ei legibus suis tribuere vim quae ultra fines progrediatur, nec debet (?) sinere leges externas intra suos ipsius fines valere. Aber gerade gegen diesen letzteren Satz hat sich eine mehrhundertjährige Rechtsentwicklung gebildet und gerade umgekehrt die Überzeugung begründet, daß die Anwendung eines fremden Rechts keine Verletzung der Souveränität sei.

33) Diese feststehende Thatsache in der fortschreitenden Rechtsentwicklung, daß die unabhängigen Staaten fremde Gesetze als Quelle zulassen, aus welcher der einheimische Richter die Beurtheilung mancher Rechtsverhältnisse zu schöpfen habe, ist schon in früherer Zeit von manchen Schriftstellern mit bestimmtem Bewußtsein hervorgehoben worden, so z. B. von Huber (de conflictu legum 1678 §. 2 Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur. Jus publ. univers. lib. III c. 8 §. 7. Summas potestates cujusque rei publicae indulgere sibi mutuo ut jura legesque aliarum in aliarum territoriis effectum habeant, quatenus sine praejudicio indulgentium fieri potest. Ob reciprocam enim utilitatem in disciplinam juris gentium abiit ut civitas alterius civitatis leges apud se valere patiatur.) und wird auch in unsern Tagen mit Bestimmtheit anerkannt, so z. B. von Story §. 34—38 Foelix p. 12 sq. (p. 15 Mais ce qu'il y a de certain c'est qu'aujourdhui toutes les nations ont adopté en principe l'application dans leurs territoires des lois étrangères) und insbes. von Savigny S. 28.

34) Darüber herrscht unter den Schriftstellern Einigkeit vgl. Savigny S. 23. 25—26. 130, Story §. 23, Wächter XXIV S. 237 fg. und Handb. II S. 88, Pfeiffer S. 7. 8. 11, Thöl §§. 72. 74 u. A. Ein einziger Schriftsteller (Struve Über das posit. Rechtsges. in sein. Bezieh. auf räuml. Verhältn. §§. 9. 37) hat die Ansicht aufgestellt, daß der Richter die Gesetze als nichtig anzusehen habe, die nicht von den richtigen Grundsätzen über die Collision ausgin-

gen Paragraphen ist diese verwickelte und ausgedehnte Lehre auch nicht im entferntesten erschöpft; es bleibt eine Anzahl der wichtigsten Fragen übrig, deren Lösung durch jene Bestimmungen auch nicht einmal angedeutet ist; z. B. welches örtliche Recht in Ansehung der Ehe, der elterlichen Gewalt, des ehelichen Güterrechts u. s. w. in Anwendung zu bringen sei. Mancher jener Paragraphen (z. B. die erste Hälfte des §. 300) stellt eine Regel in scheinbarer Allgemeinheit und Unbegrenztheit auf, obgleich kein Zweifel sein kann, daß er in dieser Allgemeinheit nicht anzuwenden sei, sondern daß er sowohl seine Begrenzung als seine Ausnahmen habe. Endlich führt in manchen Fällen die Anwendung jener Theorie selbst auf Widersprüche, welche einer Lösung bedürfen. Woher nun sollen die Regeln geschöpft werden, mit deren Hilfe die ungelösten Fragen beantwortet, die allgemeinen Sätze begrenzt, die sich ergebenden Widersprüche gelöst werden? Der Rückgang auf den ältern Stand jener Theorie, welcher in das bürgerl. Gesetzb. recipirt wurde, wird in den meisten Fällen nicht genügen[35], weil die Anhänger jener Theorie unter sich im höchsten Grade uneinig waren, weil zahllose Controversen über die einzelnen Fragen bestanden und jene Theorie überhaupt durchaus unsicher, mehrdeutig und schwankend ist[36]. Es muß daher gestattet sein, von der Wissenschaft freien Gebrauch zu machen und in jenen Fällen die Lösung in der Weise zu treffen, wie sie die für richtig anerkannte Theorie des internationalen Privatrechts gibt. Hierbei entsteht nun aber die weitere Frage, welche von den bisher aufgestellten Theorien als die richtige anzuerkennen sei? Zu diesem Behufe sollen die wichtigsten der bisher aufgestellten Principien kurz angegeben und geprüft werden. 1) Manche Schriftsteller stellen das Princip auf, daß im Zweifel das Recht des Wohnsitzes der Person entscheide, welche das

---

gen; er ist bereits hinlänglich widerlegt von Wächter XXIV S. 237 fg. und Savigny S. 26 Note d.

35) Auf dem dogmengeschichtlichen Weg, welcher sonst mit Erfolg eingeschlagen werden kann, wird man hier deßhalb kein befriedigendes Resultat erreichen, weil eben die Anhänger jener Theorie unter sich die verschiedensten Ausnahmen statuirten, so daß sich nur über sehr wenige Punkte eine feste übereinstimmende Ansicht ausgebildet hat. Soweit sich jedoch eine solche findet, soll in der folgenden Darstellung auf sie Rücksicht genommen werden.

36) Vgl. Wächter Handb. II S. 85. 86, Archiv XXIV S. 258 fg. 277 fg., Savigny S. 122—124.

Rechtsverhältniß betrifft[37]. Diese überhaupt innerlich unhaltbare und unbegründete Theorie[38], welche consequent durchgeführt auf das System der persönlichen Rechte zurückführen würde, scheitert an dem Umstande, daß die einzelnen Rechtsverhältnisse nicht eine Person allein, sondern zugleich mehrere Personen betreffen, aus jenem Grundsatze aber durchaus nicht zu entnehmen ist, der Wohnsitz welcher der mehreren betroffenen Personen das anzuwendende Recht bestimmen solle. 2) Ein anderes Princip geht dahin, daß auf das Recht des Ortes zu sehen sei, wo das Rechtsverhältniß existent geworden ist[39]. Dieses Princip ist bisher bloß postulirt, nicht aber begründet worden, und dürfte auch wohl eine befriedigende Lösung desselben nicht möglich sein, da einerseits der Entstehungsort an sich ganz indifferent ist, andererseits der Grundsatz selbst bloß formeller Natur ist, da mit ihm noch gar nichts darüber gesagt ist, an welchem Orte ein Rechtsverhältniß im juristischen Sinne existent wird[40]. 3) Andere stellen als leitenden Gedanken die Aufrechthaltung wohlerworbener Rechte auf[41]. Allein dieses Princip bewegt sich in einem Cirkel, da bei der Beantwortung der Frage, ob ein Recht als wohlerworben anzusehen sei, erst bestimmt sein müßte, nach welchem Rechte der vollzogene Erwerb zu beurtheilen ist. 4) Manche Schriftsteller stellen den Satz auf, daß der Richter stets und unbedingt das Recht seines Landes zur Anwen-

---

37) So insbes. Eichhorn Einleit. §. 34—37, Schweppel §. 20a, Göschen Vorles. I S. 444, Mittermaier in den älteren Aufl. s. Grundsätze (in der 6. Aufl. 1842 hat Mittermaier auf den Widerspruch Wächter's seine Ansicht geändert, Puchta Pand. §. 113 Vorles. I S. 229 fg. (in Ansehung der Collision örtlicher Rechte desselben Staates).

38) Vgl. dagegen Wächter XXV S. 9—12, Schäffner §. 23, Savigny S. 124—126.

39) Dieß ist die Ansicht von Schäffner §. 32; s. dagegen Wächter XXV S. 32. 33, Savigny S. 131. 132, Pfeiffer S. 31—37.

40) So z. B. nimmt Schäffner selbst (§. 102) ganz richtig an, daß sich die persönliche Fähigkeit zur Eingehung der Ehe nicht nach dem Ort der Eingehung derselben bestimme; allein wird denn jenes Rechtsverhältniß nicht am Ort des Abschlusses der Ehe existent, und wenn dieß nicht der Fall wäre, worin liegt denn das juristische Kriterium des Existentwerdens eines Verhältnisses?

41) So von älteren Schriftstellern Titius Jus priv. Ic. 10, Meier Diss. de statut. conflictu eorumque in exteros valore (1715), Tittman Diss. de competentia legum externarum et domesticarum (1822); von neueren Puchta a. a. O. (in Ansehung der Collision örtlicher Rechte verschiedener Staaten) und Pütter a. a. O. S. 129—166 (s. Note 32). — Dagegen vgl. Wächter XXV S. 1—9, Savigny S. 132, Pfeiffer S. 22 fg.

dung zu bringen habe[42]. Dieſes Princip, welches conſequent durchgeführt auf das Princip des excluſiven Territorialrechts zurückführt, ſoll aus der Natur des Richteramts begründet werden[43], da der Richter ſich an jene Norm halten müſſe, welche für ihn die maßgebende und deren Organ er ſei, und da jeder Richter nur auf die Geſetze ſeines Landes verpflichtet ſei. Allein dieſe Argumentation enthält eine petitio principii. Allerdings iſt es richtig, daß der Richter verpflichtet iſt das anwendbare Recht in Anwendung zu bringen, die Thatſachen unter die Rechtsſätze zu ſubſumiren; daß aber dieſes anwendbare Recht lediglich das Recht ſeines Staates ſei, daß jene Rechtsſätze nur die einheimiſchen ſeien, das iſt hiermit weder bewieſen, noch läßt es ſich überhaupt a priori erweiſen[44]. 5) Wächter iſt der Anſicht, daß der Richter, wenn er in ſeinem Rechte keine ausdrücklichen Entſcheidungsnormen findet, nach dem Sinne und Geiſte ſeiner Geſetze prüfen müſſe, ob dieſe auch auf Ausländer bezogen werden wollen oder nicht; im Zweifel habe er das Recht ſeines Landes anzuwenden[45]. Für die Unterſuchung „des Sinnes und Geiſtes der Geſetze", für die Löſung der Frage, ob die Geſetze auch auf Ausländer bezogen werden wollen oder nicht, enthält jenes Princip durchaus kein Kriterium; was aber die eventuelle Anwendung des einheimiſchen Rechts anbetrifft, ſo gilt das sub 4) Geſagte[46]. 6) Von Wächter unterſcheidet ſich Thöl darin[47], daß er die Aufgabe dahin ſtellt[48], der Richter habe zu unterſuchen, ob das einheimiſche oder das fremde Geſetz zur Anwendung

---

42) So insbeſ. Pfeiffer S. 2—27; dagegen ſ. Schäffner §§. 24. 25, Savigny S. 126 fg.

43) Dadurch unterſcheidet ſich dieſe Anſicht von der im Reſultat übereinſtimmenden Anſicht von Pütter und Hälſchner vgl. Note 32.

44) Vgl. Schäffner S. 80 und ſchon Kierulff I S. 75. 76 in der Note, deſſen Einwendungen durch Pfeiffer's Replik (S. 10. 11) durchaus nicht widerlegt ſind.

45) Archiv XXIV S. 264—270 Handb. II S 83. 84. Gegen Wächter vgl. Savigny S. 126 fg., Gerber in der 2. u. fg. Aufl. ſeines Syſtems §. 32 Note 6 (in der 1. Aufl. war Gerber noch Wächter's Anſicht gefolgt) und Pfeiffer S. 37—52.

46) Trotz dieſes Widerſpruches gegen Wächter's Grundprincip muß anerkannt werden, daß ſeine Entſcheidungen der Einzelfragen in der Regel die richtigen ſind, wie denn überhaupt durch jenen Widerſpruch der Anerkennung der Vortrefflichkeit ſeiner Abhandlung kein Abbruch geſchehen ſoll.

47) Einleit. §. 74 fg.

48) ſ. insbeſ. §. 76.

kommen wolle. Er ist also nicht der Ansicht, daß im Zweifel das einheimische Recht zur Anwendung komme, sondern er erkennt die Zulässigkeit des fremden Rechtes im Allgemeinen an und erstreckt daher seine Untersuchung auch auf den Willen des fremden Gesetzes. Allein auch bei ihm findet sich nirgends auch nur das geringste Kriterium für die Lösung der Frage, auf die hier Alles ankommt, ob und inwieweit ein Gesetz auf das streitige Rechtsverhältniß angewendet werden will[49]. 7) Savigny endlich hat als leitendes Princip den Satz aufgestellt[50], daß das Recht jenes Gebietes zur Anwendung kommen müsse, welchem das Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehöre, worin es seinen Sitz habe. Dieses Princip ist in der That das einzige richtige, das einzige, welches materiellen Inhalts ist und positive Anhaltspunkte darbietet. Geht man nemlich von dem Grundsatze aus, daß nach dem heutigen Rechte der einheimische Staat principiell die Anwendung fremden Rechtes zuläßt, so kann die weitere Frage nur dahin gerichtet sein, in welchem Falle, abgesehen von positiven Bestimmungen, der Natur der Sache zufolge die Anwendung des einen oder anderen Rechtes begründet sei. Um diese Frage zu lösen, ist die Natur jedes Rechtsverhältnisses zu untersuchen, und zu erforschen, in welchem Territorium dasselbe seinen Sitz habe: das Gesetz dieses Ortes ist das maßgebende[51]. Dieses Princip ist auch für unser heutiges österreichisches Recht in den oben aufgestellten Fällen zur Anwendung zu bringen.

Hiernach ergeben sich für unser heutiges österreichisches Recht folgende leitende Grundsätze. 1) Soweit in den österreichischen Gesetzen sich klare und bestimmte Vorschriften über die

---

49) So z. B. sagt Thöl §. 78: „Das Gesetz des Wohnsitzes und kein anderes will in der Regel über Handlungsfähigkeit u. s. f. entscheiden, so daß es allenthalben zur Anwendung kommen kann"; §. 79: „das Gesetz des Wohnsitzes des Verstorbenen und kein anderes will in der Regel bestimmen die Erbfolge" u. s. f. ohne irgendwie anzugeben mit welchen Mitteln und nach welchem Princip zu erforschen ist, ob ein Gesetz will oder nicht will. Dieser Mangel eines wahrhaft positiven inhaltlichen Princips zeigt sich insbes. im §. 83 („das Gesetz des Ortes wo eine Rechtshandlung, namentlich ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird und kein anderes will (?) mitunter (?) bestimmen" u. s. f.) §§. 84. 85.

50) System VIII §§. 360. 361.

51) Savigny's Ansicht sind seither gefolgt Gerber System §. 32, Seuffert Pandektenr. §. 17 und Walter Deutsch. Privatr. §§. 40—54 (welch letzterer sich vergeblich den Schein der Selbständigkeit zu wahren sucht.)

Collisionsfrage finden, sind dieselben unbedingt anzuwenden; fehlt es an solchen, oder sind sie unklar, mehrdeutig, unvollständig oder auf Widersprüche führend, so ist 2) das Recht jenes Territoriums anzuwenden, in welchem das fragliche Rechtsverhältniß seinen Sitz hat[52].

Bevor zur Anwendung dieser zwei Principe auf die einzelnen Hauptfälle übergegangen wird, sind zwei allgemeine Einschränkungen der Anwendbarkeit des fremden Rechtes aufzustellen, welche sich gleicher Weise auf jene beiden Grundsätze beziehen[53]. 1) In solchen Fällen, wo in dem Lande des zur Entscheidung der Rechtsfrage berufenen Gerichtes ein absolutes Gesetz gilt, welches contra rationem juris aus Rücksicht auf die Sittlichkeit, das öffentliche Wohl u. s. w. erlassen ist, hat der einheimische Richter unbedingt das einheimische Recht zur Anwendung zu bringen. Gesetze dieser Art sind z. B. das Verbot der Polygamie, das Verbot der Erwerbung des Grundeigenthums durch Juden u. s. w. 2) Wenn Rechtsinstitute eines fremden Staates in unserem Staate gar nicht anerkannt sind, so kann der Richter auch die aus jenen Rechtsinstituten entspringenden Folgen nicht anerkennen. Hierher gehört z. B. das Institut der Sclaverei, das dem französischen und russischen Rechte bekannte dem österreichischen Rechte fremde Institut des bürgerlichen Todes u. s. w.

B. Erörterung der Hauptfälle.

§. 23. I. Zustand der Person an sich[1]. Die Frage, nach welchen Privatrechtsnormen die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person zu beurtheilen sei, ist verschieden zu beantworten, je nachdem diese Person ein österreichischer Staatsbürger oder ein Fremder ist. A. Bei österreichischen Staatsbürgern ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit stets nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen (§. 4 a. b. G. B.). Wenn ein österreichischer Richter Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte zu beurtheilen hat, welche ein öster-

52) Über die Frage wie das im concreten Fall zur Anwendung zu bringende ausländische Recht zu beweisen sei vgl. unten §. 40 a. E.

53) Vgl. Savigny §. 349, Walter §§. 42. 43, vgl. auch Foelix Nr. 45.

1) Vgl. Savigny S. 184—168, Schäffner S. 43—64, Walter §. 45, Wächter XXV S. 461—488, Günther S. 726—734.

reichischer Staatsbürger im Inlande oder im Auslande unternommen hat, so hat er in Beziehung auf die Fähigkeit zur Vornahme derselben sich nach den österreichischen Gesetzen zu richten, mag auch immer der österreichische Staatsbürger in einem anderen Lande seinen Wohnsitz aufgeschlagen haben[2]. Der österreichische Staatsbürger ist, insolange er nicht aus dem Staatsverbande geschieden ist, in Beziehung auf seinen Zustand[3] nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen, und der Umstand, daß er in einem andern Lande seinen Wohnsitz aufgeschlagen hat, ist gleichgiltig. Wenn daher eine Österreicherin in einem Lande des römischen Rechtes ihren Wohnsitz aufgeschlagen hat, so wird sie dennoch von dem österreichischen Richter als fähig Bürgschaften einzugehen (§. 1349 a. b. G. B.) angesehen werden müssen. B. Bei Fremden ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit in der Regel nach den Gesetzen jenes Landes zu beurtheilen, dem der Fremde nach seinem Wohnsitze mit seiner privatrechtlichen Persönlichkeit untersteht (§. 34 a. b. G. B.); darauf welchem Staate der Fremde mit

---

2) Dieß ergibt sich daraus, daß §. 4 a. b. G. B. (vgl. Joseph. Gesetzbuch I §. 5, westgaliz. Gesetzbuch I §. 15) ohne weitere Unterscheidung von „Staatsbürgern" spricht. Solange also diese Qualität, welche eine staatsrechtliche ist, vorhanden ist, muß der Österreicher in Beziehung auf seine Rechtsfähigkeit vom österr. Richter nach den österr. Gesetzen beurtheilt werden. Es steht also in dieser Beziehung nach dem österr. Recht ebenso wie nach dem französ. (Cod. civ. a. 3) und anders als nach preuß. Recht (Einleit. §. 23) vgl. Zeiller S. I 43—45 (der aber freilich in der Note * S. 45 das französ. und preuß. Gesetz nebeneinander anführt, als enthielten sie dieselbe Bestimmung). A. M. aber wie ich glaube ohne Grund ist Savigny S. 144. 145, indem er meint, daß nach österr. Recht die Staatsbürger nach den Gesetzen des Wohnsitzes zu beurtheilen seien; allein „diese Gesetze" von denen §. 4 a. b. G. B. spricht, sind nicht wie Savigny will „die Gesetze ihres Wohnsitzes", sondern das im bürgerl. Gesetzbuch enthaltene Landrecht. Übrigens soll gewiß zugegeben werden, daß es viel richtiger wäre, wenn auch in Ansehung der österr. Staatsbürger der ordentliche Wohnsitz den Ausschlag geben würde, da der Wohnsitz der Mittelpunkt des juristischen Daseins der Person ist (vgl. Note 4) und die Entscheidung des österr. Gesetzbuchs vielfache Inconvenienzen nach sich zieht.

3) Der §. 4 a. b. G. B. spricht zwar nur davon, daß österr. Staatsbürger an die österr. Gesetze in so weit gebunden seien, als „ihre persönliche Fähigkeit sie (d. h. Handlungen und Geschäfte außer dem Staatsgebiet) zu unternehmen dadurch eingeschränkt wird". Allein die österr. Schriftsteller sind mit Recht darüber einig, daß die Bestimmung des §. 4. a. b. G. B. ganz allgemein von der Rechts- und Handlungsfähigkeit der österr. Staatsbürger zu verstehen sei, vgl. Hillebrandt in d. angef. Abhandl., Winiwarter in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 II S. 295 fg., Stubenrauch I S. 78—80.

seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit unterworfen ist, kommt es nicht an[4]. Daher wird z. B. ein Franzose, der in Österreich seinen Wohnsitz aufgeschlagen hat, in Bezug auf seinen persönlichen Zustand nach österreichischen Gesetzen zu beurtheilen sein, und ein Engländer, der in Preußen seinen Wohnsitz hat, nach den preußischen[5]. Ist der Wohnsitz verändert worden, so hat die Beurtheilung nach dem Rechte des neuen Wohnsitzes zu erfolgen[6]. Hat der Fremde einen doppelten

---

4) Das österr. Gesetzbuch stimmt hierin mit dem allgemein anerkannten Grundsatze überein, vgl. Schäffner S. 44 und die bei ihm Note 1 angef. Schriftsteller, Savigny S. 134. 135, Mittermaier I §. 30 (der sich aber ungenau ausdrückt, indem er Nr. I von Gesetzen des] Vaterlandes spricht, während doch aus den folgenden Sätzen hervorgeht, daß das Recht des Wohnsitzes gemeint sei), Gerber §. 32, Wächter XXIV S. 161. 162. u. A. Unsere Schriftsteller aber sind in der Rege der irrigen Ansicht, es komme bei den Fremden auf die Staatsbürgerschaft an. Hierzu werden sie wohl durch den Ausdruck „Unterthan" in §. 34 a. b. G. B. verleitet: allein bei diesem Ausdruck muß immer erst untersucht werden, ob die staatsbürgerliche oder die privatrechtliche Unterthanschaft gemeint sei, vgl. Savigny S. 100. 101. Jene irrige Ansicht findet sich z. B. bei Winiwarter I S. 157, Vesque von Püttlingen Die gesetzl. Behandlung der Ausländer in Österreich S. 47, Stubenrauch I S. 170 (der über die klare Bestimmung des §. 34 a. b. G. B. mit folgender Argumentation, die keiner Widerlegung bedarf, hinauszukommen sucht: „wenn im §. 34 a. b. G. B. des Wohnsitzes und der Geburt Erwähnung geschieht, so will damit nur angedeutet werden, daß diese beiden Momente gewöhnlich über das Verhältniß der Staatsbürgerschaft entscheiden") u. A. Die richtige Ansicht hat Schuster I S. 444. 445. — Der Grund für diese Entscheidung liegt darin, daß der Wohnsitz der Mittelpunkt des juristischen Daseins der Person ist und daher nur in den Verhältnissen des Wohnsitzes die Umstände liegen können, welche auf die rechtliche Gestaltung des juristischen Daseins im Allgemeinen von Einfluß sind.

5) Was hier von natürlichen Personen gesagt wird, gilt ebenso in Ansehung der juristischen Personen (vgl. Günther S. 729, Beseler I S. 454). Die Frage, ob juristische Personen die Privilegien ihres Landes in unserm Lande ausüben dürfen und ob ihnen die Privilegien zustehen, welche unser Recht unsern juristischen Personen einräumt, hängt mit der Frage über die Rechts- und Handlungsfähigkeit gar nicht zusammen. Hieraus ergibt es sich, daß juristische Personen die Privilegien ihres Landes in unserm Land nicht genießen (vgl. Wächter XXV S. 173. 181, Günther S. 729. 730, Gerber System S. 69); die Frage aber, ob sie in unserm Land die Privilegien genießen, welche unser Recht unseren juristischen Personen beilegt, muß für jeden Fall besonders untersucht werden; so kommen z. B. die Privilegien, welche unser Fiscus genießt, dem ausländischen Fiscus nicht zu (Savigny S. 164), während die Begünstigungen, welche Kirchen und Stiftungen genießen, wohl auch den ausländischen Kirchen und Stiftungen zukommen (vgl. Günther S. 730, Wächter XXV S. 182, Seuffert I §. 55 Note 3). — Über die Frage, ob Privilegien überhaupt auch außerhalb des Landes des Ertheilers wirken, s. Glück II S. 3. 4, Hufeland Geist des röm. Rechts I S. 231.

6) Wenn daher ein Minderjähriger seinen Wohnsitz an einen Ort verlegt nach dessen Recht ein geringeres Alter zur Großjährigkeit zureicht, so wird er mit Errei-

Wohnsitz, so ist seine Fähigkeit nach den sogenannten Personalstatuten des ersten Wohnsitzes zu beurtheilen[7]. Hat der Fremde keinen Wohnsitz, so entscheidet der Wohnsitz seines Vaters zur Zeit seiner Geburt (§. 34 a. b. G. B.)[8]. Läßt sich auch dieser nicht ermitteln, wie z. B. bei Vagabunden, Zigeunern u. s. f., so kommt es auf das Recht des augenblicklichen Aufenthaltsortes an[9].

In der angegebenen Weise ist nicht bloß die Eigenschaft an sich, sondern es sind auch alle rechtlichen Wirkungen, welche die fragliche Eigenschaft mit sich bringt, hiernach zu beurtheilen[10]. Insbesondere aber gilt dieses auch in Ansehung des unbeweglichen Vermögens: die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Fremden in Bezug auf die in Österreich liegenden Immobilien ist nicht nach den österreichischen Gesetzen, sondern nach dem Gesetze des Wohnortes des Fremden zu beurtheilen[11]. Es richtet sich daher bei dem österreichischen Staatsbürger nach dem Rechte der Heimat, bei Fremden nach dem Rechte des Wohnsitzes, ob Jemand großjährig oder minderjährig ist, und der Fremde, der nach dem Rechte seines Wohnsitzes großjährig ist,

---

chung dieses Alters sofort großjährig. Umgekehrt muß ein Großjähriger wieder minderjährig werden wenn er an einen Ort zieht nach dessen Recht die Großjährigkeit erst mit einem spätern Termin eintritt. Doch behaupten die meisten Schriftsteller und so selbst Savigny (S. 166—168 vgl. auch oben §. 21 Nr. I), daß die Volljährigkeit als ein jus quaesitum anzusehen sei und daher durch die Verlegung des Wohnsitzes nicht verloren werde. Diese Ansicht ist zwar sicher unhaltbar (vgl. Günther S. 727, Walter §. 45 Note 4 und Savigny selbst S. 136), allein sie wird wohl auch für das österr. Recht angenommen werden müssen, da man auch in Österreich die Volljährigkeit als ein jus quaesitum ansieht vgl. oben §. 21. Nr. I.

7) Savigny S. 101. 102. Eine andere Bestimmung trifft das preuß. Landr. Einleit. §. 27.

8) In diesem Sinn ist die Bestimmung des §. 34. a. b. G. B. zu verstehen, vgl. die übereinstimmende Bestimmung des preuß. Landr. Einleit. §. 25 und Savigny S. 101. 102 und Note o. Unsere Schriftsteller haben in der Beziehung die richtige Ansicht, daß sie unter „Geburt" nicht den zufälligen Geburtsort verstehen (vgl. z. B. Stubenrauch I S. 171), allein sie irren darin, daß sie unter der Unterthanschaft vermöge Geburt auch hier wieder die staatsrechtliche statt der privatrechtlichen verstehen vgl. Note 4.

9) Savigny S. 106, Koch I S. 130.

10) A. A. ist Wächter XXV S. 162 fg. (dem Beseler I S. 151 folgt) welcher die Eigenschaft an sich nach dem örtlichen Recht des Wohnsitzes beurtheilt, die rechtlichen Wirkungen derselben aber nach dem Recht des urtheilenden Richters, s. dagegen Savigny S. 135 fg., Pfeiffer S. 45—47, Thöl S. 177, Gerber S. 69, Walter §. 45.

11) In der älteren Zeit wollte man auch in dieser Beziehung die Realstatuten

kann auch die in Österreich liegenden ihm gehörigen Immobilien veräußern, wenngleich er nach dem österreichischen Rechte noch nicht großjährig wäre [12]. Auch die Ehemündigkeit ist nach dem Rechte des Wohnsitzes zu beurtheilen [13]. In derselben Weise sind die Fragen zu beantworten, ob eine Frau ohne Zustimmung des Mannes oder ohne Zuziehung eines Geschlechtsvormundes Rechtsgeschäfte schließen kann [14]; ob eine Frau giltig Bürgschaften eingehen kann [15]; ob ein Hanssohn Darlehen contrahiren kann [16]; ob Jemand und inwieweit er sich selbständig verpflichten kann [17], und ob Jemand Eigenthum erwerben könne [18].

Von der Regel, daß der Fremde in Bezug auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit nach den Gesetzen seines Wohnsitzes zu beurtheilen sei, gibt es Ausnahmen [19]. Von diesen Ausnahmen sind einige rein positiver Natur, andere ergeben sich aus den in dem vorigen Paragraphe aufgestellten Bestimmungen über Ausnahmsfälle überhaupt. Zur ersten Classe gehören folgende Ausnahmen: 1) die Wechselfähigkeit ist in der Regel nach den Gesetzen des „Vaterlandes" (d. h. des Wohnsitzes) des Fremden, dann aber nach jenen des Inlandes zu beurtheilen, wenn der Fremde zwar nicht nach den Gesetzen seines Vaterlandes, wohl aber nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist und die wechselmäßige Verpflichtung im Inlande übernommen wurde [20].

zur Anwendung bringen, vgl. aber dagegen die schlagende Widerlegung von Wächter XXV S. 163—167, vgl. auch Savigny S. 138.

12) Schäffner S. 47. 48, Walter §. 45 Nr. 1.

13) Unrichtig ist was Schäffner S. 48. 49 hierüber bemerkt; vgl. Hofkzldecr. v. 22. Dec. 1844 (Anhang f. Ungarn u. s. f. Nr. 45) und s. Note 21 und später im Text Nr. IV.

14) Savigny S. 137. 138, Schäffner S. 57.

15) Savigny S. 148.

16) Savigny S. 149, Walter §. 45 Nr. 3.

17) Savigny S. 263, vgl. auch Text Nr. III.

18) Savigny S. 181. 182, vgl. Text Nr. II. Auch die Prodigalitätserklärung eines Fremden, welche eine Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit zur Folge hat, wird in unserem Staat ihre Wirkung geltend machen vgl. J. Voet l. c. §. 7. A. A. sind jedoch manche Schriftsteller wie z. B. Günther S. 729, Mittermaier I §. 30 Note 18, aber ohne Angabe eines befriedigenden Grundes.

19) Auf die Möglichkeit solcher Ausnahmen deutet der Schlußsatz des §. 34 a. b. G. B. hin.

20) Art. 84 der W. O. für Österr. v. 25. Jänn. 1850 (vgl. Art. 84 der allg. deutsch. W. O.). Diese Bestimmung ist aus dem Bestreben hervorgegangen bei der Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen der verschiedenen Länder über die Wechselfähigkeit und bei dem lebhaften Verkehr mit Wechseln den Einheimischen

2) Die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, wird dann und in so fern nicht nach den Gesetzen des Wohnortes beurtheilt, wenn und insofern es sich um in Österreich liegende unbewegliche Güter handelt, da in dieser Beziehung nach österreichischem Rechte nicht die Personal-, sondern die Realstatuten zur Anwendung kommen (Nr. V). 3) Über die Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe siehe Nr. IV.[21] — Was die zweite Classe der Ausnahmen betrifft, so ergeben sich dieselben dem Obengesagten zufolge zunächst daraus, daß ein die Rechtsfähigkeit betreffendes Gesetz unseres Landes unter jene absoluten Gesetze gehört, welche „durch ihre anomale Natur außer den Grenzen der Rechtsgemeinschaft unabhängiger Staaten liegen." In diesem Falle hat der Richter nicht die Gesetze des Wohnsitzes des Fremden, sondern unsere Gesetze zur Anwendung zu bringen[22]. Hierher gehören folgende Fälle: 1) Die Monogamie ist ein absolutes Gesetz in jenem Sinne. Derjenige Fremde, der seinen Wohnsitz in einem Lande hat, welches Polygamie erlaubt, kann dennoch bei uns keine zweite Ehe schließen[23]. 2) Nach einer Verordnung der neuesten Zeit sind die Juden in der Erwerbung des Grundeigenthums beschränkt; diese Beschränkung der Rechtsfähigkeit wird auch ausländische Juden treffen[24]. 3) Die öster-

---

möglichst sicher zu stellen, vgl. Savigny S. 149—159, Brauer Die allgem. deutsche Wechselordn. (1849) S. 162 Nr. 2. Manche Gesetzgebungen sind in dem Bestreben den Einheimischen, bei der Schwierigkeit theils den Wohnsitz des Fremden theils das örtliche Recht dieses Wohnsitzes zu kennen, so viel als möglich zu sichern noch weiter gegangen, so z. B. das preuß. Landr. (vgl. Savigny S. 141 fg.) und das Gesetzb. für Zürich (1§. 2 Abs. 2 vgl. Bluntschli's Comment. I S. 3), nicht aber, wie schon Savigny (S. 145 Note g) mit Recht bemerkt, das österr. Gesetzb.

21) Unsere Schriftsteller führen als einen Ausnahmsfall gewöhnlich auch den §. 54 a. b. G. B. an (so z. B. Winiwarter I S. 158), Stubenrauch I S. 171 Nr. 4 u. A.), allein mit Unrecht. Denn der §. 54 bestimmt nur, daß wenn der fremde Minderjährige, der sich in unserm Staate verheirathen will, die erfolgte Einwilligung beizubringen nicht vermag, ihm vom hierländigen Gericht ein Curator ad hoc zu bestellen ist; die Frage also, ob ein fremder Minderjähriger und bis zu welchem Alter er die Einwilligung bedarf, ist nach dem Recht seines Wohnsitzes zu beurtheilen und nur wenn äußerer Hindernisse wegen z. B. wegen Kriegs u. s. f. die Einwilligung nicht beigebracht werden könnte, hat das inländische Gericht einen Curator ad hoc zu bestellen. Diese Darstellung wird auch durch dasjenige bestätigt, was das Hofkzldecr. v. 21. Dec. 1845 (Michel Nr. 240) ausführt, obgleich dieses Hofkzldecr. im Übrigen nicht scharf genug unterscheidet.

22) Vgl. Savigny S. 159—163.

23) Walter §. 42 Nr. 1.

24) Wächter XXV S. 173. 174, Walter §. 42 Nr. 4.

reichischen Gesetze beschränken die Erwerbsfähigkeit kirchlicher Institute (s. g. todte Hand). Diese Amortisationsgesetze werden auch ausländische kirchliche Institute treffen, und ihre Fähigkeit liegende Güter in Österreich zu erwerben ist nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen. — Andere zu jener zweiten Classe gehörende Ausnahmsfälle ergeben sich daraus, daß unser Recht gewisse Rechtsinstitute gar nicht anerkennt, daher auch Beschränkungen der Rechtsfähigkeit durch dieselben nicht vorkommen können[25]. Hierher gehören 1) Sclaverei und Leibeigenschaft. Eine solche Vernichtung oder doch der Vernichtung gleichkommende Schmälerung der Rechtsfähigkeit wird in Österreich nicht anerkannt, sondern der Sclave oder Leibeigene wird in Österreich als frei behandelt (§. 16 a. b. G. B.)[26]. 2) Das Institut des bürgerlichen Todes wird von dem österreichischen Rechte nicht anerkannt; solche Personen, die in Frankreich oder Rußland in bürgerlicher Hinsicht für todt erklärt worden sind, werden daher bei uns in Österreich rechtsfähig sein[27]. 3) Das Gleiche gilt in Ansehung gewisser Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, welche aus der Verschiedenheit der Religion entspringen[28]. 4) Die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit wegen unbefugter Auswanderung gelten selbstverständlich nur in jenem Lande, in Bezug auf welches der Auswanderer als unbefugter Emigrant erscheint: in diesem Land wird aber auch fortwährend die Rechtsfähigkeit des Emigranten nach den heimischen Gesetzen, nicht also nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo etwa der Emigrant seinen Wohnsitz genommen hat.

II. Sachenrecht[29]. In Beziehung auf die Rechte und Ansprüche an Sachen hatte sich in der ältern Doctrin und Praxis der Grundsatz herausgebildet, daß dieselben lediglich nach dem Rechte des Territoriums, in welchem die Sachen liegen (Realstatuten im neueren Sinn

---

25) Mittermaier I §. 30 Nr. I 3.

26) Savigny S. 168 und §. 349 Note e, Schäffner §. 34, Walter §. 43, Günther S. 730.

27) Savigny S. 168. Schäffner §. 35 findet diese Frage (welche Wirkung der nach dem Recht des Domicils eingetretene bürgerliche Tod einer Person im Ausland habe) für „äußerst schwer" und verzichtet darauf „eine befriedigende Antwort zu geben", vgl. Günther S. 728. 729.

28) Savigny S. 161. 313.

29) Vgl. insbes. Savigny §. 366—368, Wächter XXV S. 188—200. 383—389, Schäffner S. 65—89.

des Worts), zu beurtheilen seien[30]. Dieser Grundsatz sollte zur Anwendung kommen ohne Unterschied ob es sich um die Sachen als Einzelnheiten oder als Bestandtheile des gesammten Vermögens einer Person (s. g. universitas juris) handelte. Hiernach wendete man das Recht des Territoriums (Realstatuten), in welchem die Immobilien lagen, nicht nur in Ansehung der Fälle an, wo es sich um die Erwerbung dinglicher Rechte (Eigenthum, Pfandrecht, Servituten, Superficies, Emphyteuse, Colonat, Lehen) an den Immobilien handelte, sondern auch dann, wenn es sich um die Intestat- oder Testamentserbfolge handelte, so daß die Fragen über die Intestat-Succession, Testirfähigkeit, Inhalt des Testaments und Erbfähigkeit nicht nach den Personalstatuten des Erblassers, sondern lediglich nach den Realstatuten d. h. nach den Privatrechtsnormen des Territoriums, in welchem die Immobilien liegen, beurtheilt wurden[31]. Bei Mobilien (und Forderungen) machte sich aber schon frühe das Bedürfniß geltend, von diesem Grundsatze abzugehen[32]. Da man Mobilien zerstreut an verschiedenen Orten besitzt, so mußte es bald als unpassend erscheinen, so viele verschiedene Erbschaften anzunehmen als es Territorien gibt, in welchen bewegliche Sachen liegen. Man kam daher, theilweise auf mißverstandene Stellen des römischen Rechtes sich stützend[33], dahin, eine Fiction des Inhalts anzunehmen, daß die beweglichen Sachen (und Forderungen) in juristischer Beziehung an dem Orte liegen, wo der Wohnort des Erblassers sei. Diese Fiction, welche sich zunächst in Beziehung auf das Erbrecht ausbildete[34] und als Correctiv gegen die Behandlung der Mobilien nach den Realstatuten dienen sollte, wurde bald in weiterem Umfange angewendet und nach und nach der Grundsatz allgemein aufgestellt, daß die Rechtsverhält-

---

30) s. hierüber insbes. die trefflichen Ausführungen von Wächter XXIV S. 274—276. 294—298 XXV S. 188—200 und Savigny §. 366.

31) Zahlreiche Vertheidiger dieser Ansicht aus dem 16. Jahrh. s. bei Wächter XXIV Note 84—84, aus dem 17. Jahrh. s. Wächter XXV Note 345.

32) So schon bei manchen Schriftstellern des 16. Jahrh., vgl. Wächter XXIV S. 275 und insbes. im 17. Jahrh., vgl. Wächter XXV S. 189—192.

33) Insbes. stützte man sich auf l. 32 D. de pign. (20, 1) und l. 35 D. de hered. instit. (28, 5), Stellen welche aber in der That jene Frage gar nicht berühren, vgl. Wächter XXIV S. 249. 250.

34) Wächter XXV Note 346.

niſſe in Bezug auf Mobilien ſtets nach den Geſetzen des Wohnortes der Perſon[35] d. h. nach den Perſonalſtatuten (im neueren Sinn des Worts) zu beurtheilen ſeien (mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus inhaerent). Auf dieſe Art kam man zu den zwei leitenden Grundſätzen: die Immobilien ſtehen ſowohl als Einzelnheiten wie als Beſtandtheile einer ſ. g. universitas juris unter den Geſetzen des Territoriums, in welchem ſie liegen; die Mobilien dagegen ſind in beiden Fällen nach den Perſonalſtatuten zu beurtheilen[36]. In dieſer Geſtalt enthielt jeder der beiden Grundſätze zur Hälfte Wahrheit, zur Hälfte Irrthum. Was zunächſt die Immobilien betrifft, ſo iſt es gewiß ganz richtig, dann wenn ſie als Einzelnheiten zur Sprache kommen d. h. wo es ſich um Eigenthums- und dingliche Rechte handelt, die Rechtsſätze des Territoriums, in welchem ſie liegen, zur Anwendung zu bringen. Dagegen iſt es ganz irrig, ſie auch dort, wo das Vermögen eines Menſchen als juriſtiſche Einheit zur Sprache kommt, nach den Realſtatuten zu behandeln, d. h. eben jene Einheit zu zerſtören und ſo viele Succeſſionen anzunehmen als es Immobilien gibt, die in verſchiedenen Territorien gelegen ſind[37] (quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur). Dieſe Anſicht, welche noch im 16ten und 17ten Jahrhundert die herrſchende war, ward im 18ten und 19ten Jahrhundert ziemlich allgemein aufgegeben[38]. Dennoch fehlte es ihr bis in die neuere Zeit herauf weder in der Theorie noch in der Praxis an Anhängern[39]. Was die Mobilien betrifft, ſo führte jener Grundſatz

---

35) Die Frage nach dem Wohnort welcher Perſon wurde von den Meiſten dahin beantwortet: nach dem Recht des Wohnorts des Eigenthümers; nach Manchen ſollte es auf den Wohnort jedes dinglich Berechtigten, nach Andern auf den Wohnort des Beſitzers ankommen, vgl. Wächter XXIV S. 293, Savigny S. 176. 177.

36) Wächter XXV S. 191. 192.

37) Dieſe Anſicht hing wohl auch damit zuſammen, daß das ältere deutſche Recht kein Erbrecht im Sinn der Römer als Univerſalſucceſſion kannte, ſondern nur eine durch den Tod herbeigeführte Succeſſion in die einzelnen Gegenſtände des Nachlaſſes (vgl. Gerber Syſtem §. 248).

38) Vgl. hierüber insbeſ. Wächter XXV S. 192—198. 363 fg., ferner Savigny S. 295 ff., Walter §. 49, Gerber §. 32, Thöl §. 79.

39) Aus dem 18. Jahrh. gehören hierher nach dem Zeugniß von Wächter XXV Noten 315. 318—320 Hommel, Hofacker, Hauß und Ricciuß; aus dem 19. Jahrh. Foelix Nr. 42 und Schäffner S. 70 fg. (beide in Anſehung der Inteſtaterbfolge), welch letzterer ſich auf die Praxis beruft und ſeine

in Beziehung auf die Erbfolge zu einem ganz richtigen Resultate, da nunmehr die Erbfolge in Mobilien nach dem Wohnorte des Erblassers beurtheilt wurde, also in diesem Punkte die Einheit des Vermögens aufrecht erhalten wurde. Dagegen mußte dieser Satz auf die Mobilien als Einzelnheiten angewendet zu durchaus unrichtigen Resultaten führen. Denn der Satz: bewegliche Sachen sollen nach den Statuten des Wohnorts der Person beurtheilt werden, läßt vor allem darüber Zweifel, auf den Wohnort welcher Person es ankomme[40], und bestimmt man auch jenen Satz etwa dahin näher, daß Mobilien nach den Gesetzen des Wohnortes des Eigenthümers zu beurtheilen seien, so bleiben noch immer viele praktische Schwierigkeiten übrig, wie z. B. in dem Falle, wenn zwei Personen, die an verschiedenen Orten ihren Wohnsitz haben, Eigenthümer zu sein behaupten, oder wenn die eine Person im Begriffe ist das Eigenthum zu verlieren, die andere es zu gewinnen, wie z. B. bei der Ersitzung oder in dem Falle, wenn in einem Lande, wo der Grundsatz gilt: Hand muß Hand wahren, der Eigenthümer, in dessen Wohnort dieser Grundsatz nicht gilt, seine Sachen einem Dritten leiht und dieser sie veräußert[41]. Aber auch abgesehen von diesen Schwierigkeiten ist der ganze Satz innerlich haltlos und unbegründet und die Fiction, auf der er beruht, eine unzulässige[42]. Dieser Satz wurde daher schon in früher Zeit durch manche Ausnahmen beschränkt, Ausnahmen, welche als solche rein willkürlich sind und sich mit dem leitenden Grundsatz durchaus nicht vermitteln lassen, welche aber durch den practischen Tact und den gesunden juristischen Sinn eingegeben waren[43]. Mit solchen Ausnahmen wurde der Satz bis auf unsere Zeit herauf ver-

---

Erfahrung dahin angibt, daß in der Regel bei Intestaterbfolge in Immobilien die Realstatuten zur Anwendung kämen.

40) Vgl. Note 35.

41) Vgl. Savigny S. 176. 177, Wächter XXIV S. 298 fg.

42) Insbesondere erscheint jene Fiction im Widerspruch mit der Bestimmung des §. 54 der Jurisdict.-Norm v. 20. Nov. 1852, wonach in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht (l. 8 C. ubi in rem actio 3, 19) durch die Lage der beweglichen Sache das forum rei sitae begründet ist, mithin jene Sachen auch in juristischer Beziehung dort gelegen sind, wo sie sich eben wirklich befinden.

43) So z. B. unterschied man bei den Mobilien ob sie der Eigenthümer perpetui usus causa an einen Ort gebracht hatte oder nicht; im ersten Fall sollte die lex rei sitae, im letztern das Recht des Wohnorts des Eigenthümers zur Anwendung kommen, vgl. die bei Wächter XXIV S. 296 Note 133 angef. Schriftstell.

theidigt[44] und erſt in neueſter Zeit hat ſich auch hierin die allein richtige Anſicht allgemeiner geltend gemacht[45], daß die Mobilien, inſofern ſie als Einzelnheiten in Betracht kommen, nach den Geſetzen des Orts zu beurtheilen ſeien, wo ſie liegen[46] (lex rei sitae).

Das öſterreichiſche Geſetzbuch ſteht gleich dem preußiſchen Landrechte[47] auf dem Standpunkte der ältern Doctrin. Der §. 300 beſtimmt in offenbarem Einklange mit den in früherer Zeit gelehrten

---

und Savigny S. 480. Andere Schriftſteller wie z. B. Mittermaier in den älteren Aufl. ſ. Grundſätze (§. 27 oder §. 32) warfen Regel und Ausnahme bunt durcheinander (vgl. Wächter XXIV S. 294 Note 134). Andere wie z. B. Thibaut §. 38 Notem, Schweppe I S. 52, Wening I §. 22 Note h und Kierulff I S. 84 ſtellen den Satz auf, daß in Anſehung der beweglichen Sachen die Perſonalſtatuten zur Anwendung kommen müßten, dafern nicht die Statuten des Orts, wo ſie gelegen ſind, namentlich auf ſie gerichtet ſeien (vgl. hierüber Wächter XXIV S. 297 und Schäffner S. 79 fg.). Andere endlich wie z. B. Schäffner S. 82 und Foelix Nr. 38 wollen den Satz mobilia ossibus inhaerent bloß auf die Erbfolge beziehen, indem wie ſich Foelix ausdrückt in allen übrigen Fällen la dite fiction cesse par le fait.

44) Vgl. die bei Schäffner S. 80. 84 angef. Schriftſteller. Schäffner ſelbſt (vgl. Note 43) verwirft jene Fiction wo es ſich um Mobilien als Einzelnheiten handelt, läßt aber Alles ungewiß (S. 83), indem nach ſeiner Anſicht „ſich durchaus keine Regel aufſtellen läßt wonach ſchlechthin ermeſſen werden könnte, nach welchen Geſetzen Rechte an Mobilien als Einzelnheiten zu beurtheilen ſeien“ und entſcheidet nur einzelne Fragen (§. 67) mit Zuhilfenahme ſeines leitenden Princips (vgl. §. 22 Note 39) auf unrichtige Weiſe.

45) Vgl. insbeſ. Wächter XXV S. 199. 200. 383. fg., Günther S. 736—738, Savigny S. 469—484, Walter §. 47, Seuffert §. 17. — Die im Text vertheidigte Anſicht wird auch nicht im Entfernteſten durch dasjenige erſchüttert was Thöl §. 84 (dem Gerber §. 32 gefolgt iſt) dagegen an- und ausführt. Was Thöl und Gerber an die Stelle ſetzen („in Bezug auf bewegliche Sachen iſt das Entſcheidende in dem ſonſtigen Inhalt des einzelnen Rechtsverhältniſſes zu ſuchen“) iſt durchweg vag und willkürlich.

46) Der Grund dieſer Entſcheidung liegt aber nicht darin daß, wie Savigny S. 469 fg. meint, derjenige der ein Recht an der Sache erwirbt, ſich freiwillig für dieſes einzelne Rechtsverhältniß dem in dieſem Gebiet herrſchenden Recht unterwirft, da es eine ſolche freiwillige Unterwerfung überhaupt gar nicht gibt (vgl. weiter unten und ſ. gegen Savigny auch Thöl §. 84 Note 2 und insbeſ. Pfeiffer S. 60); ebenſowenig darin daß, wie Wächter XXV S. 385 angibt, das „einheimiſche Geſetz im Zweifel nicht auf die Sachen welche im Ausland liegen angewendet werden will“ (vgl. Thöl §. 84 welcher umgekehrt meint, daß das einheimiſche Geſetz angewendet werden will), ſondern darin daß jedes dingliche Recht eine im Recht begründete vom Recht geſchützte phyſiſche Herrſchaft über die Sache, ein unmittelbares rechtliches Gewaltverhältniß zur Sache iſt, dieſes Gewaltverhältniß zur Sache aber nur dort begründet werden und ſeinen Inhalt erlangen kann wo die Sache liegt.

47) Vgl. hierüber Koch I §. 40 Nr. II. IV.

Grundsätzen ganz allgemein, daß „unbewegliche Sachen den Gesetzen des Bezirks unterworfen sind, in welchem sie liegen, alle übrigen Sachen hingegen (d. h. Mobilien und Forderungen) mit der Person ihres Eigenthümers unter gleichen Gesetzen stehen." Was Mobilien anbetrifft, so läßt dieser Satz keinen Zweifel darüber, daß sie nach den Gesetzen des Wohnortes des Eigenthümers zu beurtheilen sind, mögen sie als Einzelnheiten oder als Bestandtheile einer s. g. universitas juris in Betracht kommen. Von diesem Satze werden im Gesetzbuche nicht einmal die Ausnahmen gemacht, zu welchen sich viele ältere und neuere Schriftsteller bestimmen ließen. Da nun diese Ausnahmen rein positiver Natur sind, so kann der österreichische Jurist nicht berechtigt sein, sie zu machen. Dagegen wird man in jenen Fällen, wo dieser Grundsatz nicht ausreicht oder wo Verwicklungen entstehen, welche eben mit Hilfe jenes Grundsatzes nicht gelöst werden können oder welche gar erst aus der Aufstellung und Anwendung desselben entstehen, wohl befugt sein jenes Princip anzuwenden, welches, da es in der Natur der Sache liegt, als das allein richtige anzuerkennen ist, d. h. es wird in solchen Fällen das Recht des Territoriums, in dem die Sache liegt, anzuwenden sein. Dagegen ist es sehr fraglich[48], inwieweit der erste Satz, daß in Bezug auf Immobilien die Realstatuten zur Anwendung zu kommen haben, Platz greife, ob er sich bloß auf Immobilien als Einzelnheiten, worüber kein Zweifel sein kann, oder auch auf dieselben als Bestandtheile einer s. g. universitas juris beziehe[49]. Das Nähere über diese wichtige Frage in Nr. V. Hier genügt die Gewißheit in der ersteren Beziehung[50].

---

48) Savigny bemerkt mit Recht (S. 174) „daß die in neuere Zeit fallenden Gesetzbücher sich der zur Zeit ihrer Abfassung herrschenden Unterscheidung angeschlossen haben, jedoch in so abstracter und unbestimmter Weise, daß daraus ein sicherer Schluß — durchaus nicht gezogen werden kann."

49) In Ansehung des preuß. Rechts ist die ziemlich gleichlautende Stelle des Landrechts (Einleit. §. 32) bekanntlich sehr bestritten (vgl. einerseits Bornemann I S. 54—62, andrerseits Koch I §. 40 Nr. II und Savigny §. 378); ebenso der a. 3 des franzöſ. Code (vgl. einerseits Foelix Nr. 42 und Schäffner §. 57 Note 2, andrerseits Zachariä I §. 34 Nr. 4).

50) Es ist in hohem Grade auffallend wie überaus wenig Gewicht unsere Schriftsteller auf den §. 300 a. b. G. B. legen. Die Interpretation desselben fällt in der Regel äußerst dürftig aus (vgl. z. B. Zeiller II S. 26, Winiwarter I S. 16. 17, Stubenrauch I S. 620. 621) und die meisten Schriftsteller werden sich dessen gar nicht bewußt, daß es sich hier um eine wichtige und schwierige Regel des internationalen Privatrechts handelt. Bromirski a. a. O. §. 42 und Stu-

A. 1) Die Vorfrage, welche Sachen als bewegliche, welche als unbewegliche anzusehen seien, ist lediglich nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, in welchem sich die fragliche Sache befindet, nach der lex rei sitae[51]. 2) Das Gleiche gilt in Ansehung der Frage, welche Gegenstände in, welche außer Verkehr seien. Auch in Ansehung der Mobilien kann es hiernach nicht auf die Gesetze des Wohnortes des Eigenthümers ankommen, sondern diese Frage muß nach den Gesetzen des Landes in welchem die Sache liegt entschieden werden[52]. 3) Das Gleiche gilt in Ansehung der Frage, welche Sachen als herrenlos zu betrachten seien, also rücksichtlich der Zulässigkeit oder Beschränkung des Eigenthumserwerbes durch Occupation einer Sache[53]. Nach dem Rechte, welches am Orte der gelegenen Sache herrscht, sind auch die Rechtsverhältnisse in Bezug auf gefundene Sachen zu beurtheilen[54]. 4) Der Besitz ist als ein zunächst thatsächliches Verhältniß nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo die Sache besessen wird, also nach dem örtlichen Rechte der gelegenen Sache, diese mag eine bewegliche oder unbewegliche sein[55].

B. Immobilien. 1) Eigenthum[56]. a) Die Fähigkeit einer Person Eigenthum zu erwerben und das ihr gehörige Eigenthum zu veräußern ist auch bei Immobilien nach den sub I gegebenen Regeln, also in der Regel[57] nach den Personalstatuten zu beurtheilen.

---

benrauch I S. 83 lit. c ziehen zwar den §. 300 zu dieser Lehre; allein die Art und Weise wie sie die Sache darstellen ist theils unrichtig theils ganz ungenügend.

51) Schäffner S. 66 Note 1. Wenn also ein Fremder, der seinen Wohnsitz in einem Land hat nach dessen Recht die Häuser zu den beweglichen Sachen gehören, in Österreich Häuser besitzt, so werden dieselben dennoch als Immobilien angesehen, vgl. J. Voët. §. 11 i. f.

52) Savigny S. 183 Nr. 2. Wenn daher z. B. in Österreich die Ausfuhr des Getreides verboten wird, so trifft diese Bestimmung auch jenes in Österreich befindliche Getreide welches einem Fremden gehört vgl. J. Voët. l. c. §. 11.

53) Savigny S. 183 Nr. 3.

54) Vgl. Thöl S. 186. Wenn also ein Preuße der sich in Österreich aufhält hier seine Uhr u. dgl. verliert, so kommen die Rechtssätze des österr. Rechts über das Finden von Sachen (§. 388 fg. insbes. §. 392 a. b. G. B.), nicht etwa jene des preuß. Rechts (Koch I §. 243) zur Anwendung.

55) Savigny S. 199. 200.

56) Savigny §. 367, Wächter XXV S. 383.

57) Über die Ausnahmen s. Nr. I. Hiernach können auch fremde Juden bei uns kein Grundeigenthum erwerben. Dieß ist allgemein anerkannt vgl. Schäffner S. 74.

Dieß gilt daher auch in Ansehung der Frage, ob ein Minderjähriger oder eine Frau ohne Zuziehung eines Vormundes Immobilien veräußern könne[58]. b) Die Frage, auf welche Weise das Eigenthum erworben werde (durch Vertrag, Tradition, Intabulation), ist nach der lex rei sitae zu beurtheilen[59]. Das Gleiche gilt in Ansehung der Ersitzung[60]. c) Der Inhalt des Eigenthumsrechtes, so wie gesetzliche Beschränkungen (sogenannte Legalservituten) richten sich gleichfalls nach dem Orte der gelegenen Sache. d) Das Gleiche gilt in Ansehung des Verlustes des Eigenthums. e) Die Frage über die Eigenthumsklage, ihre Zulässigkeit und Verjährung, so wie über die Folgen der angestellten Eigenthumsklage (z. B. §. 335 u. 338 a. b. G. B.) sind nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, wo der Eigenthumsproceß geführt wird[61]. 2) Was hier von dem Eigenthume gesagt wurde, gilt ebenso von dem sogenannten Nutzungseigen-

58) Früherhin war man der Ansicht, daß auch in Beziehung auf die Veräußerungsfähigkeit die Realstatuten zur Anwendung kommen müßten (vgl. Wächter XXIV S. 275. 276. XXV S. 163—165) und diese Ansicht gilt heutzutage noch im engl. und amerik. Recht (Schäffner S. 68). Es ist aber heutzutage in allen übrigen Ländern jene ältere Ansicht entschieden ganz allgemein aufgegeben, vgl. Wächter XXV S. 165, Schäffner S. 73.

59) Nur muß man hierbei scharf den obligatorischen und den dinglichen Vertrag unterscheiden, d. h. die Frage wie das Eigenthum erworben werde muß von der Frage nach welchen Gesetzen die causa praecedens zu beurtheilen sei getrennt werden. Wenn z. B. zwei Österreicher in Österreich über ein in Frankreich gelegenes Grundstück ein Kaufvertrag schließen, so ist dieser Vertrag in Beziehung auf seinen Inhalt, z. B. wenn es sich um Betrug oder Verletzung über die Hälfte handelt, nicht nach dem örtlichen Recht der rei sitae, also nicht nach franzöſ. Recht, sondern nach den sub III aufgestellten Regeln, also im gegebenen Beispiel nach österr. Recht zu beurtheilen. Diese Unterscheidung wird von manchen Schriftstellern nicht gehörig gemacht, so z. B. nicht von Reinhardt Ergänzungen zu Glück I S. 31, Schäffner S. 76. 77 und Stubenrauch I S. 173 Nr. 3 und S. 83 lit. c wo Stubenrauch die Bestimmung des §. 300 als eine Ausnahme von der Bestimmung der §§. 35—37 anführt, was ganz irrig ist, da die letzteren Paragraphen von den obligatorischen Verträgen handeln, während §. 300 über die dinglichen Rechte Bestimmungen trifft, s. dagegen Wächter XXV S. 383 Note 384.

60) Darüber ist man einig; Savigny S. 185, Schäffner S. 75, Walter §. 47 Nr. 2.

61) Dieser Ort ist nach österr. Recht ausschließlich der Ort der gelegenen Sache (§. 50—53 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852). Nach gemeinem Recht ist auch in Ansehung unbeweglicher Sachen dem Kläger das Wahlrecht zwischen dem forum rei sitae und dem forum domicilii gestattet. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civilproz. (1827) S. 69—77, Sintenis Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilproz. (1840) I Nr. I „Über den Gerichtsstand der gelegenen Sache", insbes. S. 17—19, Savigny S. 187 fg.

thume und von den dinglichen Rechten wie Pfandrecht[62] und Servituten[63].

C. Mobilien. In Anſehung der Mobilien kommt nach öſterreichiſchem Rechte (§. 300 a. b. G. B.) die ältere Regel zur Anwendung, daß die Mobilien kraft einer Fiction als an dem Wohnorte des Eigenthümers befindlich zu betrachten ſeien, daher die Rechtsverhältniſſe in Beziehung auf ſie nach den Perſonalſtatuten (im neuern Sinn des Wortes) zu beurtheilen ſind. Was nun 1) zuerſt das Eigenthum betrifft, ſo wird a) die derivative Erwerbung desſelben nach den Rechtsgrundſätzen des Wohnortes des bisherigen Eigenthümers beurtheilt. Wenn daher ein Franzoſe in Öſterreich bewegliche Sachen beſitzt, ſo wird auch in Öſterreich von einem Öſterreicher das Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben, ohne daß hierzu Tradition erforderlich wäre. Hätte der Eigenthümer der beweglichen Sache einen doppelten Wohnſitz und gilt an jedem Wohnſitz ein verſchiedenes Recht, ſo muß, weil hier jene Regel nicht ausreicht ſondern vielmehr aus ihr erſt die Schwierigkeiten entſtehen, der Natur des Verhältniſſes gemäß auf den Ort der gelegenen Sache geſehen werden[64]. Hätte der Fremde keinen Wohnſitz, ſo entſcheidet ebenfalls das Recht des Ortes, wo die Sache liegt. Was dagegen b) den originären Erwerb d. h. die Erſitzung betrifft, ſo kann es hierbei nicht auf den Wohnort des Eigenthümers ankommen, ſondern es muß auf das Recht des Ortes geſehen werden, wo die Sache beſeſſen wird, da die Grundlage der Erſitzung der fortwährende Beſitz iſt[65]. Wenn daher z. B. ein Preuße in Öſterreich bewegliche Sachen beſitzt, ſo würden dieſelben in Öſterreich nicht in zehn Jahren, wie es das preußiſche Landrecht (I 9 §. 620) vorſchreibt, ſondern in drei Jahren erſeſſen und auch die übrigen Requiſite der Erſitzung ſind nach öſterreichiſchen Geſetzen zu beurtheilen. Sollte eine bewegliche Sache während der Erſitzungszeit in verſchiedenen Territorien, welche verſchiedenes Recht haben, ſich befunden haben, ſo fände zwar eine Acceſſion aller Beſitzzeiten ſtatt, allein der Ablauf der Erſitzung muß nach dem Rechte

62) Savigny S. 191 fg., Schäffner S. 78. 79.

63) Savigny S. 189.

64) Für dieſen Fall trifft das preuß. Landrecht (Einleit. §§. 30. 31) beſondere Beſtimmungen vgl. Koch I §. 40 Nr. IV.

65) Savigny S. 185—187, Walter §. 47 Nr. 2.

des Ortes beurtheilt werden, wo ſich die Sache befindet. Sollte alſo die Sache zuletzt an einem Ort ſein, nach deſſen Recht ſie von der ordentlichen Erſitzung oder gar von der Erſitzung überhaupt ausgeſchloſſen iſt, oder wo beſondere Requiſite z. B. fortdauernde bona fides u. dgl. erforderlich ſind, ſo wird entweder die Erſitzung ganz ausgeſchloſſen ſein oder es müſſen alle Requiſite, die das Recht des letzten Ortes vorſchreibt, vorhanden ſein[66]. c) Die Verfolgung des Eigenthums durch Klage iſt auch bei den Mobilien nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo der Proceß geführt wird[67]. Iſt nach dem Rechte dieſes Ortes die Vindicationsklage ganz ausgeſchloſſen oder an eine kürzere Verjährungszeit gebunden, ſo kommen die Beſtimmungen dieſes Rechts zur Anwendung, wenngleich nach den Geſetzen, die am Wohnorte des vindicirenden Eigenthümers herrſchen, die Vindicationsklage zuläſſig ſein ſollte oder ſie erſt in längerer Zeit verjähren würde; und umgekehrt[68]. 2) Die Servitute an beweglichen Sachen ſind nach öſterreichiſchem Rechte nach dem Recht des Wohnortes des Eigenthümers zu beurtheilen. Die Frage alſo über den derivativen Erwerb der Servituten ſo wie über den Inhalt dieſer Rechte, z. B. des Nießbrauchrechtes, iſt — freilich unpaſſender Weiſe[69] — nach den fremden Geſetzen zu beurtheilen. 3) Was das Pfandrecht anbelangt, ſo könnte man zunächſt glauben, es ſei auch hier

66) A. A. iſt Schäffner S. 83—86, der ſein Grundprincip zur Anwendung bringen und hiernach alle dieſe Fragen nach dem Recht des Orts beurtheilt wiſſen will, wo die Erſitzung begonnen hat.

67) Dieſer Ort der Klage kann nach öſterr. wie nach gemeinem Recht ein verſchiedener ſein, da der Kläger die Wahl hat zwiſchen dem forum rei sitae und dem forum domicilii (§. 54 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852), vgl. Savigny S. 187—189, Wächter XXV S. 386. 388.

68) Hierher dürfte nach öſterr. Recht auch der Fall des §. 367 a. b. G. B. gehören. Wenn alſo ein Fremder an deſſen Wohnort das röm. Recht gilt in Öſterreich ſeine bewegliche Sache Jemanden leiht und dieſer ſie auf entgeltliche Weiſe veräußert, ſo kommt das öſterr. Recht (§. 367) und nicht das röm. zur Anwendung, d. h. der angerufene öſterr. Richter hat der Vindicationsklage gegen den Erwerber nicht Statt zu geben. Denn der Grundſatz „Hand muß Hand wahren" betrifft die Verfolgbarkeit des Rechts, welche nach dem Recht des angerufenen Richters zu beurtheilen iſt. Hieran wird auch durch den Umſtand nichts geändert, daß das öſterr. Geſetzb. (§. 367 a. E.) in Fällen dieſer Art auf den entgeltlichen redlichen Erwerber ſofort das Eigenthum übergehen läßt, da ſich auch ſchon in älteren Statuten (z. B. Hamb. Stat. II Art. 8, vgl. Cropp in Heiſe und Cropp Abhandl. II S. 148 Note 10) eine ähnliche Faſſung findet.

69) Savigny S. 189.

das Recht des Wohnortes des Eigenthümers anzuwenden, und hiernach z. B. auch in Österreich an der Sache eines sich in Österreich aufhaltenden Fremden, an dessen Wohnsitz das römische Recht gilt, ein Pfandrecht durch bloßen Vertrag entstehen lassen. Allein die Sache verhält sich in diesem Punkte anders[70]. Das österreichische Recht erkennt in der Regel (§§. 451. 452 a. b. G. B.) an beweglichen Sachen bloß ein Faustpfand an. Diese Regel bezieht sich sowohl auf das Entstehen als auf das Fortbestehen des Pfandrechts als eines absolut wirksamen Rechts. Wenn daher Jemand im Auslande an einer beweglichen Sache durch bloßen Vertrag ein Pfand erwirbt und die Sache kommt später ins Inland, so wird zum Fortbestehen des Pfandnexus als eines absolut wirksamen erfordert, daß der Pfandgläubiger die Sache inne habe. Das Gleiche muß daher auch für den Fall gelten, daß in Österreich an der Sache eines Fremden ein Pfandrecht erst entstehen soll.

III. Obligationenrecht. In Beziehung auf Obligationen war man bis auf die neueste Zeit herauf bis auf die classische Untersuchung Savigny's, wodurch jene schwierige Materie auf ihre richtige Grundlage[71] gestellt wurde, fast allgemein[72] der Ansicht, daß das anzuwendende örtliche Recht das Recht des Entstehungsortes der Obligation sei[73] (statuta mixta). Die Art und Weise, in welcher man diese Ansicht, für welche man mit Unrecht sich auch auf das römische Recht berufen zu können glaubte[74], begründete, war verschieden. An-

70) Savigny S. 196. 197, Wächter XXV S. 386—389.

71) Savigny (§. 369—374 S. 200 - 294) führte die Untersuchung, welches Recht als das örtliche Recht der Obligationen anzusehen sei, auf die Untersuchung der Vorfrage zurück, welcher Ort als der Sitz der Obligation anzusehen sei und löste diese Frage dahin, daß als solcher der ausdrücklich erklärte oder durch stillschweigende Übereinkunft bestimmte Erfüllungsort der Obligatio betrachtet werden müsse. (Über den Zusammenhang der Frage über das örtliche Recht der Obligationen mit der Frage über den Gerichtsstand derselben s. Savigny S. 203 fg.). Die Resultate, welche sich aus jener Untersuchung Savigny's ergeben, werden durch dasjenige was Thöl §. 85 dagegen an- und ausführt nicht im Entferntesten in Zweifel gestellt; vgl. gegen Thöl auch Gerber §. 32 Note 9, der so wie Walter §. 48 und Seuffert §. 47 Savigny gefolgt ist.

72) Über die Bildung dieser Ansicht vom 16. Jahrh. ab s. Wächter XXIV S. 287—294.

73) Diese Ansicht findet sich auch noch bei Wächter, wenigstens in Beziehung auf Obligationen aus Verträgen (XXV S. 397—412) und bei Schäffner §. 86 fg., vgl. dagegen Savigny S. 250. 254.

74) Vgl. hierüber insbes. Wächter XXIV S. 246—249; insbesondere berief

fangs glaubte man dieselbe durch die Behauptung rechtfertigen zu können, daß Handlungen der Gewalt und somit auch den Gesetzen des Territoriums, in welchem sie vorfallen, unterworfen seien[75]. Seit dem 17ten Jahrhundert suchte man die Regel locus regit actum durch die Behauptung zu stützen, daß der in einem fremden Staate Handelnde temporärer Unterthan (subditus temporarius) dieses Staates werde, daher die von ihm daselbst vorgenommenen Handlungen nach dem Rechte dieses Staates zu beurtheilen seien[76]. Andere glaubten sich auf das Princip, daß wohlerworbene Rechte zu schützen seien, berufen zu können[77]. Zuletzt überwog die Ansicht, daß jener Satz aus der Autonomie der Parteien folge, welche sich für ihr Rechtsverhältniß einem bestimmten Rechte freiwillig unterwerfen[78], so daß es als eine Frage der Auslegung erschien, welchem Rechte sich die Parteien unterworfen hätten, und als eine solche Auslegungsregel wurde eben der Satz aufgestellt: locus regit actum. Nach dieser Auffassung, welche als die herrschende anzusehen ist[79], ist der Satz, daß das örtliche Recht

---

man sich nebst der l. 34 D. de R. J. und der l. 1 pr. D. de usur. (22, 1) auf l. 6 D. de evict. (21, 2) über welche Stelle nunmehr Savigny S. 253—256 zu vergleichen ist.

75) s. hierüber Wächter XXIV S. 288, der sehr richtig bemerkt, daß hieraus nur folgen würde daß dieses Territorium, wo die Handlung vorfiel, dieselbe nach seinen Gesetzen beurtheilen werde, nicht aber daß auch andere Territorien, in deren Bereich die Handlung zur Sprache kommt, sie nunmehr ebenfalls nach jenem Recht beurtheilen müssen.

76) Vgl. hierüber Wächter XXIV S. 289—294, welcher diesen Begründungsversuch treffend widerlegt.

77) Vgl. hiegegen Wächter XXIV S. 294 XXV S. 5. 6.

78) Diese Begründung findet sich auch bei Wächter (XXV S. 35 fg. S. 397 fg.), nur daß er schärfer als die anderen Schriftsteller untersucht, wieweit die Autonomie gehen könne und sich dahin erklärt, daß diese Frage von jedem Richter nur nach dem Recht seines Landes entschieden werden könne.

79) Selbst Savigny spricht zu wiederholten Malen (s. z. B. S. 208. 204. 248 lit. B. 249 lit. C. 262 Note h) von einer freiwilligen Unterwerfung der Parteien unter ein bestimmtes örtliches Recht und wendet sich öfters der Untersuchung der Frage zu, welchem örtlichen Recht sich die Parteien unterwerfen wollten. Ebenso spricht Gerber System S. 69 davon, daß es „zunächst denkbar sei daß die Contrahenten eine das anzuwendende Recht unmittelbar betreffende Bestimmung verabredet hätten." Allein diese Auffassungsweise ist entschieden zu verwerfen (vgl. dagegen auch Thöl S. 187 Note 1 und Pfeiffer S. 64). Die Wahl eines örtlichen Rechts steht niemals den Parteien zu; es hängt durchaus nicht von ihrem Belieben ab sich das Recht des Landes A oder des Landes B für ihren Vertrag auszusuchen. Die Frage, welches örtliche Recht

der Obligationen das Recht des Entstehungsortes sei, eine Auslegungsregel, welche im Zweifel d. h. so lange in Anwendung kommt, als nicht erwiesen wird, daß die Parteien ein anderes Recht zu Grunde gelegt haben. Diese Grundsätze sind denn auch in das österreichische Gesetzbuch übergegangen und hiernach ergeben sich für unser heutiges österreichisches Recht folgende Regeln:

A. Verträge. In Ansehung der Verträge gilt nach österreichischem Recht der Grundsatz, daß sie nach jenem örtlichen Rechte zu beurtheilen seien, welchem sich die Parteien unterwerfen wollten. Im Zweifel wird als dieses Recht jenes angesehen, welches an dem Orte herrscht, wo die juristische Thatsache vorfiel, aus welcher die Obligatio entspringt[80] (locus regit actum §§. 34. 35—37 a. b. G. B.).

---

anzuwenden sei, ist unabhängig von dem Willen der Parteien dahin zu lösen, daß sich dasselbe nach dem Sitz der Obligation zu bestimmen habe; vom Standpunkt der Savigny'schen Theorie aus ist jene überkommene Motivirung ganz überflüssig. In der That ist auch bei jener angeblichen Wahl niemals davon die Rede, daß die Parteien das Recht irgend eines Landes beliebig zu Grunde legen könnten, so z. B. daß zwei Inländer, welche in Frankreich einen Darleihensvertrag schließen, etwa das amerikan. oder engl. Recht zu Grunde legen könnten und nunmehr der österr. Richter genöthigt wäre das amerikan. oder engl. Recht in Anwendung zu bringen. Gäbe es eine solche Autonomie, so müßten Inländer auch ihrem im Inland geschlossenen Vertrag beliebig ein fremdes Recht zu Grunde zu legen berechtigt sein, was doch wohl Niemand behaupten wird (vgl. §. 4 a. b. G. B.). In der That handelt es sich bei jener angeblichen Wahl des örtlichen Rechts nur um die Ermittelung der Intention der Parteien in Beziehung auf den Ort, wo sie die Erfüllung der Obligation erwarten; nur die Bestimmung des Erfüllungsortes hängt von ihrer Wahl ab: mit der Wahl des Erfüllungsortes ist von selbst und mit Nothwendigkeit das örtliche Recht gegeben welches zur Anwendung zu kommen hat. — Auch ist es ganz irrig den Begriff eines Dispositivgesetzes so weit auszudehnen (wie es z. B. selbst Wächter thut XXV S. 397 fg.), daß nunmehr das gesammte Obligationenrecht mit Ausnahme der singulären Bestimmungen darunter fällt, also auch alle Bestimmungen über die s. g. Essentialia der Verträge, über deren Giltigkeit, Wirksamkeit, Widerruflichkeit (vgl. dagegen auch Pfeiffer S. 18 fg. 42 fg.). Allerdings sind innerhalb der Sphäre des Obligationenrechts viele Bestimmungen dispositiver ergänzender Natur, aber es gibt auch viele welche absoluter Natur sind, ohne deßhalb singulär zu sein. In Beziehung auf solche absolute Bestimmungen kann von einer Autonomie durchaus nicht die Rede sein und es erscheint daher als ganz unzulässig die Regel logus regit actum damit rechtfertigen zu wollen.

80) Bei Obligationen aus Verträgen ist dieß der Ort wo der Vertrag abgeschlossen wurde; bei Obligationen aus s. g. Quasiverträgen der Ort wo die Thatsache vorfiel, aus welcher die Obligatio entspringt, so z. B. bei Obligationen aus der Geschäftsführung ohne Auftrag der Ort wo die fremden Geschäfte geführt wurden cf. l. 36 §. 4 D. de jud. (5, 1).

Diese Regel, daß das örtliche Recht des Entstehungsortes[81] der Obligation das maßgebende sei, gilt wie gesagt nur im Zweifel. Sie kommt daher nicht zur Anwendung: 1) wenn es „offenbar" ist, daß die Parteien bei der Vertragschließung ein anderes Recht zu Grunde legten (§. 37 a. b. G. B.). Eine solche Unterwerfung unter ein anderes Recht findet statt: a) durch ausdrückliche Vereinbarung auf ein anderes Recht[82]; b) weit häufiger dadurch, daß die Parteien einen bestimmten Erfüllungsort ausdrücklich verabredeten[83]. Haben sie dieses gethan, so wird wie der Gerichtsstand[84] so auch das örtliche

81) Als Entstehungsort bei Verträgen, welche durch Briefwechsel geschlossen werden, ist der Ort anzusehen wo der Brief empfangen und zustimmend beantwortet wurde (doch ist diese Frage bekanntlich sehr bestritten; das Nähere darüber kann erst im Obligationenrecht gegeben werden); dieser Ort bestimmt nach österr. Recht auch das Recht der Obligation; vgl. Savigny S. 256 fg. (welcher von seiner Theorie aus natürlich zu einem andern Resultat kommt).

82) Eine unbedingte unbeschränkte Wahl irgend eines Rechts kann den Parteien auch nach österr. Recht nicht zugestanden werden (vgl. Note 79 und arg. §. 35 a. b. G. B.); es kann vielmehr nur die Wahl zwischen dem Recht des Entstehungsortes und dem Recht des Erfüllungsortes der Obligatio stattfinden. So z. B. können zwei in Frankreich paciscirende Österreicher wohl das französ. oder das österr. Recht, nicht aber beliebig das preuß. oder amerikan. Recht zu Grunde legen.

83) l. 21 D. de O. et A. (44, 7) Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit. Diese Ansicht, daß der ausdrücklich verabredete Erfüllungsort zugleich das anzuwendende Recht bestimme, ist von der Mehrzahl jener Schriftsteller, welche die Regel locus regit actum aufstellen, angenommen worden (vgl. z. B. Foelix nr. 74 und die bei Savigny S. 251 Note g und Foelix p. 136 angeführten Schriftsteller); bestritten wurde sie jedoch in neuerer Zeit wieder von Wächter XXV S. 41—47, s. aber dagegen Savigny S. 251 fg.

84) Vgl. Savigny S. 211 fg.; Jurisdict. N. v. 20. Nov. 1852 §. 43. Dieser § bestimmt ausdrücklich, daß dieser Gerichtsstand (s. g. forum contractus, forum solutionis) auch für die Klagen auf Aufhebung des Vertrags oder Entschädigung wegen Nichterfüllung begründet sei. Diese Bestimmung, welche sich in der J. N. v. 18. Juni 1850 §. 45 noch nicht fand, stimmt mit dem gemeinen Recht nicht überein; vgl. Savigny S. 241, Linde im Arch. f. civil. Prax. VII S. 67—69. (Über die Frage, ob der Beklagte im Gerichtssprengel wo der Vertrag erfüllt werden soll, anwesend sein müsse, damit die Klage gegen ihn zulässig sei, vgl. Linde Lehrb. des heut. gemein. Civilprozesses §. 91, Savigny S. 244—245 und in Ansehung des österr. Rechts Haimerl Versuch einer Darstell. der neuen Competenzvorschriften Wien 1855 S. 60.) Das österr. Recht kennt außer dem erwähnten forum contractus kein anderes; es gibt also insbesondere keinen Gerichtsstand des gesetzlichen Erfüllungsorts des Vertrags (§. 905 a. b. G. B., vgl. Savigny S. 208 fg.) und in so fern läßt sich hierin so wie überhaupt nach österr. Recht kein so inniger und enger Zusammenhang zwischen dem örtlichen Recht und dem Gerichtsstand der Obligationen behaupten wie nach gemeinem Recht (vgl. Savigny S. 203 fg.).

Recht durch den Erfüllungsort bestimmt. Wenn z. B. ein Franzose und ein Österreicher in Paris ein Darlehen dahin abschließen, daß der Österreicher dem Franzosen das Geld in Wien zurückzahle, so ist das österreichische Recht als das Recht des Vertrages anzusehen. Ausdrücklich ist aber in einem Vertrage nach österreichischem Rechte[85] der Erfüllungsort bloß dann bestimmt, wenn der Erfüllungsort wörtlich bezeichnet wurde[86]. Sollten auch gewisse Handlungen ihrer Natur nach so ausschließend an einen bestimmten Ort gebunden sein, daß sie nur an diesem Orte vorgenommen werden können, so genügt das allein nach österreichischem Rechte nicht, um den Gerichtsstand und das örtliche Recht des Erfüllungsortes zu begründen, daher bei Verträgen über Immobilien z. B. bei Kauf- und Verkaufverträgen, bei Miethe und Pacht von Grundstücken, bei Verträgen über Bearbeitung eines Grundstücks, Ausbesserung eines Hauses, Ausmalen der Zimmer u. s. w. das anzuwendende Recht das Recht des Orts des Vertragsabschlusses ist, nicht aber das Recht des Ortes, wo der Vertrag erfüllt werden muß[87]. 2) Wenn beide vertragmachende Theile Inländer sind, so ist, wenngleich sie den Vertrag im Auslande schließen, dennoch anzunehmen, daß sie das Recht ihres Vaterlandes

---

85) In Beziehung auf das gemeine Recht herrscht Streit hierüber. Bethmann-Hollweg Versuche S. 47—50 ist der Ansicht, welche auch für das österr. Recht im Text angenommen wurde; die entgegengesetzte Ansicht wird mit mehr Recht vertheidigt von Linde Abhandl. aus dem deutschen gemein. Civilprozeß Bd II (1829) S. 109—121, Savigny S. 212—214.

86) Daß sich die Sache nach österr. Recht so verhalte wie sie im Text dargestellt wurde, ergibt sich aus der J. N. v. 18. Juni 1850, welche im §. 45 ausdrücklich vorschreibt, daß es der Beilegung einer die ausdrückliche Bestimmung des Erfüllungsortes beweisenden Urkunde bedürfe, um vor dem forum contractus klagend auftreten zu können. Diese Bestimmung ist zwar in der J. N. v. 20. Nov. 1852 hinweggefallen, allein die frühere Auffassung ist wohl unverändert geblieben. Haimerl a. a. O. erwähnt dieser Frage gar nicht.

87) Dieß war bisher auch so ziemlich die herrschende Ansicht (vgl. jedoch Foelix p. 135). Hiernach sind die Fragen über die Wirksamkeit eines Kaufvertrags über Immobilien, die Rescissibilität desselben u. s. f. nach dem Gesetz des Orts des Vertragsabschlusses zu beurtheilen; vgl. Zachariä a. a. O. Note 10, Schäffner §. 88. Harum in Haimerl's Magaz. VIII S. 396 ist der Ansicht, daß „die Wirksamkeit eines Kaufs, Tausches oder was immer für eines Geschäftes über hierländige unbewegliche Güter, wo es auch geschlossen sein mag, nach österr. Gesetzen zu beurtheilen sei"; seine Ansicht beruht jedoch auf seiner viel zu weit gehenden Auffassung der Anwendbarkeit der Realstatuten nach österr. Recht.

im Auge hatten, vorausgesetzt, daß der Vertrag im Inlande zu erfüllen ist[88]. Wenn also zwei Österreicher, die sich in Paris begegnen, einen Kaufvertrag schließen, der in Österreich zu erfüllen ist, oder einer dem andern ein Darlehen gibt, so gilt als örtliches Recht nicht das Recht des Vertragsabschlusses, sondern das einheimische Recht. 3) Wenn der Ort der Handlung völlig indifferent ist[89], z. B. wenn der Ort, wo die Parteien den Vertrag schließen, ein solcher ist, an welchem gar kein bestimmtes Recht herrscht, z. B. die Parteien schließen in einem Luftballon ihren Vertrag, oder die Parteien, welche auf Eisenbahnen mehrere Staaten oder verschiedene Bezirke eines Staates mit verschiedenen Rechten durchfliegen, schließen im Fahren einen Vertrag, in welchem Falle den Parteien der Ort selbst, wo sie den Vertrag schließen, vielleicht gar nicht zum Bewußtsein kommt, so daß hier um so weniger von einer Unterwerfung unter ein örtliches Recht die Rede sein kann. In Fällen dieser Art ist als örtliches Recht das Recht des Erfüllungsortes anzusehen[90]. 4) Wenn die Parteien einen Vertrag an einem Orte schließen, nach dessen Recht dieser Vertrag ungiltig ist, während er nach dem Rechte des Erfüllungsortes giltig ist, so ist gleichfalls anzunehmen, daß die Parteien sich diesem Rechte unterwerfen wollten, weil ein Vertrag so auszulegen ist, daß er wirksam sei[91] (§. 914 a. b. G. B. cf. l. 12 [13] D. de reb. dub. 34, 5). 5) Die Ehepacten sind nicht nach dem Rechte des Ortes, wo sie geschlossen wurden, sondern nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo die Ehegatten ihren Wohnsitz nehmen d. h. nach dem Rechte des Wohnsitzes des Ehemannes[92]. 6) Eine singuläre Bestimmung ent-

---

88) Darüber ist man allgemein einig; vgl. Wächter XXV S. 46. 47, Bornemann I S. 65, Zachariä §. 34 Note 10, Foelix nr. 72. 77. Mit Unrecht sprechen alle unsere Schriftsteller (vgl. zuletzt noch Stubenrauch I S. 474 Nr. 5) den Satz ganz allgemein aus, daß im Ausland geschlossene Verträge der Inländer nach dem Recht des Vertragsabschlusses zu beurtheilen seien.

89) Vgl. Wächter XXV S. 47 Note 259, Thöl S. 188 Note 2.

90) Mit Unrecht will Foelix n. 80 auch in diesem Fall das Recht des Orts des Vertragsabschlusses zur Anwendung bringen. — Darüber welcher Ort als der Erfüllungsort anzusehen sei s. Savigny S. 246 fg.

91) Vgl. Wächter XXV S. 404. 405, Savigny S. 249 lit. C. Diejenigen Schriftsteller, welche wie z. B. Kierulff I S. 84. 82. ein unbedingtes locus regit actum annehmen, sind der entgegengesetzten Ansicht.

92) cf. l. 65 D. de judic. (5, 1), vgl. Kierulff S. 78 in der Note * und

hält der §. 35 a. b. G. B. dahin[93], daß bei solchen Rechtsgeschäften, welche Ausländer in Österreich, sei es mit Inländern oder Ausländern, abschließen und wobei sie diesen bloß Rechte und Vortheile gewähren (also bei unentgeltlichen Verträgen), jenes Recht zur Anwendung zu kommen habe, wobei die Handlung am besten bestehen kann[94]. Es wird also entweder das österreichische Recht oder das Recht des Landes, dem der Ausländer angehört, zur Anwendung kommen.

Nach dem örtlichen Rechte des Vertrages sind alle Fragen zu beurtheilen, welche das Materielle des Vertrages betreffen. Die Frage nach der persönlichen Fähigkeit der Contrahenten ist in der sub I gegebenen Weise zu lösen (§. 37 a. b. G. B.)[95]. Ebenso ist die Auslegung der Verträge nicht etwa nach dem Sprach-

---

Zachariä I §. 31 Note 10. — Diese Ansicht findet sich schon bei Bartolus, vgl. Wächter XXIV Note 79.

93) Vgl. preuß. Landr. I 5 §. 113 u. Savigny S. 249.

94) Einen solchen Fall bietet das Schenkungsversprechen; wenn nemlich ein Ausländer im Inland einem In- oder Ausländer ein mündliches Schenkungsversprechen macht, so wäre, wenn man die Regel locus regit actum in Anwendung brächte und in Österreich auf Erfüllung geklagt würde (§. 29 lit. c der Jurisdict. N. v. 20. Nov. 1852), dem §. 943 a. b. G. B. zu Folge gegen diese Klage eine peremtorische Einrede zulässig. Ist aber nach dem Recht des Landes, wo der Ausländer seinen Wohnsitz hat, ein mündliches Schenkungsversprechen klagbar, so wird auch aus dem in Österreich abgeschlossenen Vertrag auf Erfüllung geklagt werden können. (Gleich hier soll bemerkt werden, daß unsere Schriftsteller in der Regel den §. 943 a. b. G. B. unrichtig auffassen, indem sie der Ansicht sind, ein Schenkungsversprechen, das nicht schriftlich errichtet oder sofort vollzogen wurde, sei ungiltig; so drückt sich z. B. Zeiller I S. 449 aus und darauf hat Schuster [in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1830 I Nr. XIV, insbes. S. 259] seine durch und durch verkehrte Behauptung gebaut, daß der Schenkungsvertrag nach österr. Recht zu den Literal- oder Realcontracten gehöre. Diese Schriftsteller verwechseln die zwei ganz verschiedenen Fragen der Perfection und der Klagbarkeit der Verträge. Der Schenkungsvertrag ist, wenn er auch bloß mündlich geschlossen wurde, giltig, perfect, nur nicht klagbar: der klagbare Vertrag muß stets giltig sein, aber der giltige Vertrag braucht nicht stets klagbar zu sein.) Wenn Zeiller I S. 449 zum §. 35 a. b. G. B. als Beispiel den Fall anführt, daß ein von einem Fremden, der in einem Lande des röm. Rechts wohnt, in Österreich vor drei Zeugen errichtetes Testament giltig sei, so ist dieß ganz unpassend, da diese Frage die Form der Testamente betrifft und hierüber überhaupt ganz andere Regeln entscheiden (s. unten Nr. VI). Aus dem gleichen Grund ist es unrichtig, wenn Stubenrauch I S. 174 als Beispiel zum §. 35 a. b. G. B. die Bestimmung des Cod. civ. a. 931 anführt, wonach zur Schenkung ein notarieller Act erfordert wird, vgl. unten Nr. VI.

95) Savigny S. 263. 264.

gebrauche des Entstehungs-[96] oder Erfüllungsortes des Vertrages vorzunehmen, sondern es kommt hierbei Alles darauf an, die wahre Absicht der Parteien nach jenen Grundsätzen, welche überhaupt für die Auslegung gelten, in jedem einzelnen Falle zu erforschen[97]. Dagegen richtet sich nach dem örtlichen Rechte des Vertrages, also in der Regel nach dem Rechte des Entstehungsortes ausnahmsweise nach dem Rechte des Erfüllungsortes: 1) die Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Obligatio[98]; 2) die Klagbarkeit derselben[99]; 3) die Zulässigkeit der auf einem materiellen Rechtsgrunde beruhenden Exceptionen[100], also insbesondere[101] die Zulässigkeit der exceptio non numeratae pecuniae, die exceptio excussionis und in manchen Fällen die Einrede des beneficium competentiae[102]; 4) die Zulässigkeit der

96) Wie Stubenrauch I S. 82 irriger Weise meint, s. dagegen Savigny S. 265.

97) Vgl. Wächter Archiv für civil. Praxis Bd XIX S. 114—125, Savigny S. 264—269. Es wird daher bei einem durch Briefwechsel geschlossenen Vertrag nicht auf den Sprachgebrauch des Orts ankommen, wo der Vertrag abgeschlossen wurde, d. i. wo der Brief empfangen und zustimmend beantwortet wurde (Note 84), sondern auf den Sprachgebrauch des Orts, wo der Verfasser des ersten Schreibens wohnt (Savigny S. 265, Wächter a. a. O. S. 117). Kommen die Parteien an einem fremden Ort zusammen, so kommt alles darauf an, ob sie den örtlichen Sprachgebrauch kannten oder nicht.

98) Vgl. Savigny S. 269 fg., Walter §. 48 Nr. 1, s. aber noch später im Text.

99) Eine in Ausland contrahirte Obligatio, welche nach dem zur Anwendung kommenden ausländischen Recht unklagbar ist (obligatio naturalis), ist daher auch in Österreich unklagbar und umgekehrt.

100) Beruht die Exception auf einem formellen Rechtsgrund, wie z. B. die dilatorischen Einreden, so hat natürlich der Richter die Proceßgesetze seines Landes anzuwenden, vgl. Schäffner S. 201 fg.

101) Vgl. insbes. Savigny S. 271, Schäffner §. 154. Wenn daher im Ausland eine Bürgschaft für eine in Österreich zahlbare Schuld eingegangen wird und es kommt das ausländische Recht zur Anwendung, so ist nach diesem auch die Frage zu entscheiden, ob dem Bürgen das beneficium excussionis zukomme oder nicht, da die Frage, wann der Bürge zu zahlen hat, eben so gut eine Frage des materiellen Rechts ist, als die Frage, ob er überhaupt zahlungspflichtig ist. Das Gleiche gilt in Ansehung des benef. competentiae (schwankend hierüber Schäffner S. 203); sofern und soweit dieses Beneficium auf einem materiellen Rechtsgrund beruht (z. B. bei der Einrede des Schenkers gegen die Forderung des Beschenkten) entscheidet das anzuwendende örtliche Recht, während in allen übrigen Fällen (vgl. Arndts Pandekt. §. 225 Anmerk. 2—4) die lex fori zur Anwendung kommt. —

102) Die exceptio SC. Vellejani und Macedon. ist, wie schon Nr. I bemerkt wurde, nach dem Recht des Wohnsitzes der Frau resp. des Hausſohns zu beurtheilen, weil sie die Handlungsfähigkeit dieser Personen betreffen; vgl. Sa-

das Geſchäft entkräftenden Klagen z. B. der Klage wegen Verletzung über die Hälfte, der actio redhibitoria und quanto minoris, der Widerruflichkeit der Schenkung [103] u. ſ. w.; 5) die Höhe der Verzugszinſen [104]; 6) die Frage ob die Klage aus einer Obligatio verjährt ſei [105].— Alle Fragen dagegen, welche ſich auf die Execution und auf die Zahlung überhaupt beziehen, z. B. welche Termine einem Schuldner zur Zahlung zu geben ſeien, ob der Schuldner ſich durch gerichtliche Depoſition von ſeiner Schuld befreien könne, ob Perſonalarreſt, ob Zwang auf das facere bei einer obligatio faciendi zuläſſig ſei u. ſ. w., hat jeder Richter nach den Proceßgeſetzen ſeines Landes zu beurtheilen [106].

Was insbeſondere die Giltigkeit eines Rechtsgeſchäfts betrifft, ſo hat der Richter ein nach fremdem Rechte giltiges Geſchäft dennoch nicht anzuerkennen, wenn dasſelbe dem jus publicum ſeines Staates zuwider läuft [107]. Dieſer Satz kommt aber in Öſterreich nur in Anſehung jener Verträge zur Anwendung, welche auch nach dem ſ. g. Naturrechte verworfen ſind (obligationes naturaliter reprobatae) [108];

---

vigny S. 272. Die unrichtige Anſicht, wonach es auch in dieſer Beziehung auf das örtliche Recht des Vertrags ankommen ſoll, findet ſich bei Schäffner S. 208.

103) Vgl. insbeſ. Savigny S. 272, Wächter XXV S. 403. 404, Schäffner §. 88. Ganz irrig iſt die Meinung Schuſter's I S. 64, daß die Reſciſſibilität eines Geſchäftes zu den „die perſönliche Fähigkeit einſchränkenden Geſetzen" gehöre; gegen ihn hat ſich mit Recht Stubenrauch I S. 84 Note** erklärt.

104) Savigny S. 282, Walter §. 48 Nr. 2.

105) Dieſe Frage iſt bekanntlich nach gemeinem Recht ſehr beſtritten; ſ. hierüber Wächter XXV S. 408—412, Schäffner S. 109—112, Savigny S. 273—275, welche der im Text vertheidigten Anſicht ſind, welcher nunmehr auch Stubenrauch I S. 82 beiſtimmt, während Bromirski l. c. §. 52 und in neueſter Zeit auch Thöl S. 189 Note 9 auf den Wohnſitz des Verpflichteten ſehen wollen. Die Anſicht Fiſcher's (Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1825 III S. 15), daß in Anſehung der Verjährung jenes örtliche Recht zur Anwendung kommen müſſe, welchem „die Parteien (Kläger oder Beklagter?) unterſtanden, als die Verjährung zu laufen angefangen", bedarf keiner Widerlegung.

106) Vgl. Wächter XXV S. 408, Walter §. 44 Nr. 4—6, Schäffner S. 204 fg. In Anſehung der Reſtitution muß unterſchieden werden, ob dieſelbe als ein die Obligatio ſelbſt entkräftendes Rechtsmittel zu betrachten iſt, wie z. B. auch die Reſtitution der Minderjährigen gegen nachtheilige Verträge (Savigny S. 272 Note r. u. S. 464), oder ob die Reſtitution rein proceſſualiſcher Natur iſt; im erſteren Fall hat der Richter das örtliche Recht des Vertrags, im letzteren Fall das Recht des Proceßortes anzuwenden.

107) Vgl. Wächter XXV S. 389—405, Savigny §. 372 lit. B und S. 275—278, Schäffner §. 89, Foelix nr. 75.

108) So iſt z. B. ein in einem amerikan. Staat über Lieferung von Sclaven

in Ansehung jener Verträge, welche naturaliter zulässig, civiliter aber reprobirt sind, hat der österreichische Richter dieselben dennoch als giltig anzusehen, wenn sie in einem Lande geschlossen wurden, wo sie civiliter efficaces sind, wenngleich sie nach dem österreichischen Rechte civiliter reprobati sind[109]. In diesem Sinne hat das Hofdecret vom 15. Jänner 1787 lit. qq bestimmt, daß „die Zinsen, welche nach den Gesetzen, die in dem Orte der geschlossenen Schuld bestehen, giltig bedungen wurden, allerdings im Concurse giltig classificirt werden können, wenn sie auch höher als die hierlands üblichen sind“[110]. Daher wird man wohl im Allgemeinen sagen müssen, daß der österreichische Richter überhaupt aus Verträgen, welche im Ausland geschlossen wurden, höhere Zinsen zuerkennen müsse als im Inland bedungen werden können, und daß er Verträge, welche z. B. nach §. 879 des bürgerl. Gesetzbuchs ungiltig sind, dennoch als giltig zu behandeln habe, wenn sie nur nach dem Recht des Entstehungsorts des Vertrages giltig sind.

B. Obligationen aus Delicten. Nach jener Ansicht, welche als die herrschende[111] bis auf die neuere Zeit herauf[112] bezeichnet

---

geschlossener Vertrag in Österreich durchaus ungiltig und es kann in Österreich weder auf Lieferung der Sclaven noch auf Bezahlung des Kaufpreises geklagt werden, vgl. Günther a. a. O. S. 740.

109) Vgl. Weber Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 62. 95, Günther S. 739 fg., Bromirski §. 48. Der gleichen unrichtigen Ansicht sind überhaupt Alle, welche ein unbedingtes locus regit actum vertheidigen, wie z. B. Kierulff S. 82.

110) Die Art und Weise, in welcher Stubenrauch I S. 84 Note ** dieses Hofdecr. darstellt, läßt sich nicht rechtfertigen; ebenso ist auch dasjenige, was er S. 82 lit. a ausführt, viel zu allgemein.

111) Eichhorn Einleit. §. 36, Kori Erörter. III S. 13 fg., Göschen Vorles. I S. 113, Mittermaier I §. 30 Nr. IV, Schäffner §. 98, Bornemann I S. 66, Koch I §. 40 Nr. III. 2, Zachariä I §. 34 Note 10 a. E.

112) In neuerer Zeit dagegen ist von Wächter XXV S. 389—397 und Savigny S. 278—280 (welchem Gerber S. 70 u. Walter §. 42 Nr. 8 gefolgt sind) behauptet worden, daß in Ansehung der aus Delicten entspringenden Obligationen nicht das Recht des locus delicti commissi, sondern das Recht des Klagortes zur Anwendung zu kommen habe. Ich halte jedoch diese neuere Ansicht nicht für die richtige, da der Satz „daß die auf Delicte bezüglichen Gesetze stets zu den zwingenden streng positiven zu rechnen seien“ (Savigny S. 278) auf der Verwechslung des civilrechtlichen Standpunktes mit dem strafrechtlichen zu beruhen scheint (vgl. gegen Savigny auch Stubenrauch I S. 84 Note **) und die Gründe Wächter's theils mit seiner Grundansicht über die freiwillige autonomische Unterwerfung der Parteien (vgl. Note 78. 79) zusammenhängen, theils (vgl. insbesondere das von Wächter S. 394 Gesagte) consc-

werden kann, kommt es auch in Ansehung der aus Delicten entstehenden Obligationen auf den Entstehungsort an, also auf den Ort wo das Delict begangen wurde. Diese Entscheidung muß auch für das österreichische Recht gelten, und hiernach wird der österreichische Richter, wenn aus einem im Auslande begangenen Delict auf Ersatz oder Privatstrafe geklagt wird, das Recht jenes Ortes, wo das Delict begangen wurde, zur Anwendung zu bringen haben. Hierher gehören denn insbesondere auch die Ansprüche der Geschwängerten aus dem außerehelichen Beischlaf[113] auf Ersatz wegen Entführung, Verführung u. s. w.

IV. Familienrecht. A. Ehe[114]. Der Sitz des ehelichen Verhältnisses ist der Wohnsitz des Ehemannes, da der Ehemann das Haupt der Familie ist[115]. Das örtliche Recht der Ehe ist demnach das Recht des Wohnsitzes des Ehemannes, und der Ort wo etwa die Ehe geschlossen wurde, ist hierbei ganz gleichgiltig[116]. Hiernach sind folgende Rechtsfragen zu beantworten:

---

quent weiter geführt auf Resultate führen würde, welche auch Wächter nicht zugeben würde.

113) Die Ansichten über diese Frage sind bekanntlich sehr getheilt (vgl. hierüber Schäffner §. 98, der selbst aber sich nicht bestimmt ausspricht, Savigny S. 279. 280, Wächter XXV S. 396), indem Manche die Gesetze des Orts des vollzogenen Beischlafs (Kori III S. 13, Kritz Rechtsfälle I 124), Manche die Gesetze des Wohnorts des Schwängerers (Seuffert Hdb. des Civilpr. I S. 245. 246, Mittermaier I §. 30 a. E.), Manche wie Savigny und Wächter a. d. a. O. die Gesetze des Klagortes zur Anwendung gebracht wissen wollen. — Auf alle Fälle muß man aber von dieser Frage die davon ganz verschiedene über die Paternitätsklage (s. unten Nr. IV) trennen (vgl. Wächter S. 396. 397), was von manchen Schriftstellern z. B. von Stubenrauch I S. 84 Note** a. E. nicht gehörig geschieht, wogegen sich bereits Harum in Haimerl's Magaz. VIII S. 397 mit Recht erklärt hat.

114) Vgl. Savigny §. 379, Wächter XXV S. 184—188, Schäffner §. 99—125, Thöl §. 80. — Die Grundsätze, welche hier für die Collision widerstreitender Territorialrechte verschiedener Staaten aufgestellt werden, gelten ebenso für den Fall des Widerstreits der particularrechtlichen Bestimmungen über das Eherecht in den verschiedenen Kronländern; vgl. §. 22 Note 5. 6.

115) l. 5 D. de R. N. (23, 2) — deductione enim opus esse de mariti non in uxoris domum quasi in domicilium matrimonii. l. 65 D. de judic. (5, 1), vgl. §. 94. 92 a. b. G. B. u. §. 49 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852.

116) Vgl. Savigny S. 326, Walter §. 46. Man kann nicht etwa für das österr. Recht behaupten, daß das örtliche Recht der Ehe das am Ort des Abschlusses derselben geltende sei, weil für Verträge nach österr. Recht (s. Nr. III) das örtliche Recht des Abschlusses das maßgebende sei. Denn die Ehe ist durchaus nicht wie ein obligatorischer Vertrag zu betrachten, der Vertrag ist nur die Ein-

1) Was zunächst die Eingehung der Ehe und zwar die Ehehindernisse betrifft, so sind dieselben in der Regel[117] nach dem Recht des Wohnsitzes des Ehemannes zu beurtheilen. Es ist also nicht bloß die persönliche Fähigkeit des Ehemannes zur Eingehung der Ehe[118], sondern ebenso in gewissen Beziehungen[118a] die Fähigkeit der Frau

---

gehungsform der Ehe, ihr Inhalt ist durchaus nicht vertragsmäßiger Natur (vgl. unten §. 24). Man hat früher in dieser Beziehung vielfach geirrt und so haben insbesondere österr. Schriftsteller häufig die Ehe als einen rein obligatorischen Vertrag aufgefaßt und auf die Ehe alle Bestimmungen anwenden wollen, welche für obligatorische Verträge gelten; s. dagegen mit Recht Schulte Handb. d. kathol. Eherechts (Gießen 1855) S. 544 fg.

117) Eine Ausnahme macht der Fall, wenn ein Österreicher, der im Ausland seinen Wohnsitz aufgeschlagen hat, eine Ehe schließt, indem der österr. Richter dessen persönliche Fähigkeit zur Eingehung der Ehe nach den österr. Gesetzen zu beurtheilen hat (§. 4 a. b. G. B. s. Nr. I), was freilich principiell ebenso unrichtig ist (vgl. Note 4), als es zu vielen praktischen Inconvenienzen führen muß.

118) Vgl. Zeiller I S. 44. Daher bestimmt auch das Hofkzldecr. v. 22. Dec. 1844 (Anhang Nr. 15), daß jeder in den österr. Staaten sich verehelichende Ausländer sich bei der Trauung über seine persönliche Fähigkeit einen giltigen Ehevertrag einzugehen gehörig auszuweisen habe. Dieses Hofkzldecr. spricht zwar von Fremden „welche die österr. Staatsbürgerschaft nicht erworben haben", und es scheint daher, als käme es in Ansehung der persönlichen Fähigkeit nicht auf das Recht des Wohnsitzes des Ehemannes, sondern auf das Territorialrecht des Landes an, dem der Ehemann als Staatsbürger angehört. Dennoch halte ich eine solche Auffassung für unrichtig und glaube vielmehr, daß jenes Hofkzldecr. nur den gewöhnlichen Fall vor Augen hatte, wonach der Staatsbürger in der Regel in seinem Heimathsland auch seinen Wohnsitz hat. Drücken sich doch auch viele Schriftsteller, welche entschieden der Ansicht sind, daß es auf den Wohnsitz des Ehemanns ankomme, ganz allgemein dahin aus, daß die Gesetze des Landes zur Anwendung kommen müßten, dem der Ehemann angehöre (vgl. z. B. Schäffner S. 131 und selbst Wächter XXV S. 185 fg., über Letzteren vgl. auch Pfeiffer Note 84. 85). Daher muß denn in Österreich die persönliche Fähigkeit eines Franzosen zur Eingehung einer Ehe, der in Österreich seinen Wohnsitz aufgeschlagen hat, nach den österr. Gesetzen beurtheilt werden. — Es ist bei uns öfters vorgekommen, daß Christen, welche Jüdinnen oder Juden, welche Christinnen heirathen wollten, da eine solche Ehe nach österr. Gesetzen nicht gestattet ist, ohne Veränderung ihres Wohnsitzes sich die Staatsbürgerschaft jenes Landes, wo solche Ehen gestattet sind, verschafften und nunmehr im fremden Staat die Ehe schlossen. Dem Gesagten zufolge muß eine solche Ehe in Österreich für ungiltig angesehen werden, weil die Ehehindernisse nach dem Recht des Wohnsitzes des Ehemanns zu beurtheilen sind und dieser im fraglichen Fall nicht geändert wurde. Mit dem Grundsatz des in fraudem legis agere käme man in diesem Fall nicht aus.

118a) Insofern es sich nemlich bloß um die Ehemündigkeit (vgl. Note 13) oder um die Voraussetzung der Einwilligung dritter Personen zur Eingehung der Ehe handelt, wird allerdings jeder Theil nach den Gesetzen seines Wohnsitzes beurtheilt (vgl. auch Kundmachungspat. für Ungarn Art. V); insoweit es sich aber

nach den Gesetzen des Wohnsitzes des Ehemannes zu beurtheilen [119], und es kommt rücksichtlich der Voraussetzungen der Ehe, also insbesondere bezüglich der Ehehindernisse, weder auf den frühern Wohnsitz der Frau, noch auf den Ort der Trauung an [120]. Ist die Ehe nach dem Rechte des Wohnsitzes des Ehemannes einmal giltig eingegangen, so bleibt sie in der Regel [121] giltig, wenn auch der Ehemann späterhin seinen Wohnsitz an einen Ort verlegt, nach dessen Recht die

um ihr wechselseitiges Verhältniß zu einander handelt z. B. um die Fähigkeit einer Jüdin oder Christin einen Christen oder Juden, einer Muhme oder Tante ihren Vetter oder Neffen zu heirathen, kann es in Ansehung beider Theile lediglich auf den Wohnsitz des Ehegatten ankommen.

119) Harum hat im Magazin VIII S. 397 lit. d die Ansicht aufgestellt, daß es bei der Frage über die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe in Ansehung eines jeden Ehegatten auf das Recht seines Wohnsitzes ankomme und meint, die im Text aufgestellte Ansicht „stütze sich hauptsächlich auf die durch die Ehe bewirkte Familieneinheit und deren Repräsentation im Mann; die Frage aber nach der persönlichen Fähigkeit zur Ehe setze den Zustand der Personen vor der Ehe voraus, wo diese Einheit der Repräsentation noch nicht stattfindet und daher jede Person für sich zu beurtheilen sei." Allein diese Argumentation Harum's beruht auf einem bloßen Scheingrunde. Allerdings ist vor der Ehe noch keine Einheit vorhanden und in so fern ist in abstracto die Fähigkeit jedes Theiles nach dem Recht seines Wohnsitzes zu beurtheilen. Allein der Abschluß der Ehe bringt eben jene Einheit hervor; die Parteien, die einander heirathen, können im Moment der Eheschließung nicht mehr jede für sich, sondern nur miteinander in Beziehung auf die zu schließende Ehe, auf die zu gründende Einheit betrachtet werden und es kann hiernach nur auf das Recht jenes Ortes ankommen, wo jene Einheit ihren Sitz haben soll. Übrigens dürfte Harum dem im Text Gesagten mit Rücksicht auf die Note 118a beigefügte Beschränkung wohl selbst beistimmen.

120) Wenn also z. B. im Ausland die Ehe zwischen Juden und Christen erlaubt ist, so wird die Ehe zwischen einem Juden und einer Christin oder einem Christen und einer Jüdin in Österreich ungiltig sein, wenn der Ehegatte seinen Wohnsitz in Österreich hat, mag immerhin die Ehe an einem Ort geschlossen worden sein wo solche Ehen erlaubt sind oder mag die Frau einem Land angehören, welches solche Ehen gestattet. — Wäre die Ehe zwar nach dem Recht des Orts wo sie abgeschlossen wurde giltig, dagegen nach dem Recht des Wohnsitzes des Ehemannes ungiltig, so bleibt sie ungiltig, sollten auch die Ehegatten späterhin ihren Wohnsitz an den Trauungsort oder an einen dritten Ort verlegen, nach dessen Recht die Ehe hätte giltig abgeschlossen werden können. Hierin irrt Schäffner S. 129, indem er die entgegengesetzte Entscheidung trifft.

121) Ausnahmen sind in so fern begründet, als die Ehe nach dem Recht des Staats, wohin der Ehemann seinen Wohnsitz verlegt als absolut unsittlich oder unzulässig erscheint; z. B. es zieht Jemand aus einem Ort wo Polygamie gestattet ist mit seinen mehreren Weibern nach Österreich: hier wird nur die erste Frau als die rechte Frau angesehen werden können; vgl. Savigny S. 36, Wächter XXV S. 185 Note 309. Die im Ausland zwischen Juden und Christen giltig geschlossene Ehe ist bei einer Verlegung des Wohnsitzes der Ehegatten nach Österreich als giltig anzuerkennen.

Ehe nicht hätte giltig eingegangen werden können. — Alle Fragen über Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe (s. g. Nullitätsklagen) sind stets und überall nach dem Gesetze des Ortes zu beurtheilen, wo der Mann zur Zeit als die Ehe eingegangen wurde seinen Wohnsitz hatte[122]. 2) Über die zur Abschließung der Ehe nöthigen Förmlichkeiten siehe Nr. VI Nr. 3. 3) Das Eheverlöbniß (s. g. sponsalia de futuro) ist nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, wo auf die Erfüllung desselben geklagt wird. Es kommt also nicht auf den Ort an wo das Eheverlöbniß geschlossen wurde[123], und diese Bestimmung muß um so mehr für das österreichische Recht gelten, als die Bestimmung des §. 45 a. b. G. B. streng zwingender Natur ist[124]. Wenn also Jemand, der z. B. in Böhmen seinen Wohnsitz hat, an einem Ort, wo das canonische Recht gilt, z. B. in Ungarn, ein Eheverlöbniß abgeschlossen hätte und in einem Lande, wo das Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, geklagt wird, so hat der Richter das österreichische Recht anzuwenden und daher weder eine Klage auf Vollziehung der Ehe noch auf die von dem canonischen Rechte gestattete Entschädigung anzunehmen. 4) Die ehemännliche Gewalt ist

---

122) Schäffner §. 103 a. E.

123) Wie Schulte Eherecht S. 345 meint, der doch selbst mit Recht bemerkt (S. 276. 277) daß das Verlöbniß nicht lediglich unter den Gesichtspunkt eines obligatorischen Civilvertrags zu stellen sei. Mit der im Text gegebenen Entscheidung stimmt auch Zeiller I S. 74 überein, aber aus dem in doppelter Beziehung irrigen Grunde, daß durch den §. 45 a. b. G. B. dem österr. Unterthan „die Fähigkeit benommen sei, durch ein Verlöbniß sich selbst oder den andern Theil zu verbinden".

124) Das österr. Recht schließt sich hierin dem römischen Recht an, indem es gleich diesem von der Ansicht ausgeht, daß die Ehe als die Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse mit voller Freiheit eingegangen werden solle und daher sowohl die Klage aus dem Verlöbniß auf Vollziehung der Ehe für durchaus unzulässig (cf l. 4 C. de sponsal. 5, 1) als auch die Beifügung einer Conventionalstrafe für unstatthaft erklärt (cf. l. 134 pr. D. de V. O. l. 74 §. 1 D. de condit. 35, 1 l. 2 C. de inutil. stipulat. 8, 39). Über die Bestimmungen des canon. Rechts, welches übrigens gleichfalls die Conventionalstrafe für unzulässig erklärt (c. 29 X. de sponsal. 4, 1) vgl. Richter Kirchenr. §. 271 Nr. V, Schulte Eherecht S. 292 fg. — Dagegen gilt wohl auch nach österr. Recht (vgl. §. 908 a. b. G. B.) wie nach röm. Recht (l. 5 C. de spons. 5, 1 vgl. hierzu Löhr im civil. Archiv XV S. 448), daß der ohne Grund sich weigernde Theil die arrha sponsalitia verliere, da §. 45 a. b. G. B. nur von der poena conventionalis zu verstehen ist; vgl. Zeiller I S. 169. Ohne genügenden Grund sind unsere Schriftsteller z. B. Dolliner Eherecht I S. 4, Pachmann Kirchenr. II S. 435, Stubenrauch I S. 194 der entgegengesetzten Ansicht.

nach dem Rechte des Sitzes der Ehe zu beurtheilen. Ihr Inhalt und Umfang wechselt also mit der Veränderung des Wohnsitzes des Ehemannes. Nur wird in jenem Falle das fremde Recht nicht zur Anwendung kommen können, wenn dasselbe dem sich im Lande aufhaltenden fremden Ehemann Befugnisse einräumt, welche nach der einheimischen Auffassung als unsittlich erscheinen und deren Ausübung daher im Inlande nicht zugelassen werden kann[125]. 5) In Ansehung der Ehescheidung kommen die Gesetze des Ortes zur Anwendung, wo auf die Scheidung von Tisch und Bett oder auf die Trennung geklagt wird[126]. Die Gesetze über Ehescheidung gehören zu jenen Gesetzen, welche, als auf der sittlichen Natur der Ehe beruhend, einen streng positiven Charakter an sich tragen, juris publici sind. Wenn daher aus einer anderswo geschlossenen Ehe in Österreich auf Scheidung oder Trennung geklagt wird, so hat der österreichische Richter nur das österreichische Recht zur Anwendung zu bringen. 6) In manchen Ländern besteht in Übereinstimmung mit dem römischen Recht das Verbot der Schenkung unter Ehegatten, während sich in anderen Ländern ein solches Verbot nicht findet. In dieser Beziehung entscheidet das örtliche Recht des Wohnsitzes der Ehegatten zur Zeit wo die Schenkung vorgenommen wurde[127]. Diese Regel gilt auch in dem Fall, wenn die Schenkung ein in einem andern Lande liegendes Immobile betrifft. Daher ist die Schenkung eines in Österreich liegenden Grundstückes ungiltig, wenn nach dem Rechte des Wohnsitzes zur Zeit der Schenkung dieselbe verboten ist, und umgekehrt ist eine Schenkung österreichischer Ehegatten giltig, mag dieselbe auch ein im Auslande liegendes Grundstück betreffen und nach der lex rei sitae die Schenkung verboten sein[128]. M. a. W.,

---

125) Vgl. Wächter XXV S. 188, Schäffner §. 117.

126) Vgl. Savigny S. 337 Nr. 6, Schäffner §. 118—125 insbes. §. 124. — Dieser Grundsatz wird auch nach österr. wie nach gemeinem Recht (vgl. Savigny S. 337) in der Regel auf das am Wohnsitz des Ehemanns geltende Recht führen, weil nur da der wahre Gerichtsstand für die Ehescheidung begründet ist; Jurisdict. Norm §§. 13. 14 a. 19.

127) Vgl. Savigny S. 335. 336, Wächter XXV S. 362, Walter §. 42 Nr. 7.

128) Auch in dieser Beziehung wollte man früher öfters die Realstatuten, also das Recht des Orts wo das geschenkte Grundstück liegt, in Anwendung bringen; vgl. Wächter XXIV S. 256 Note 58. XXV S. 363 Note 846. Heut-

das Verbot der Schenkung unter Ehegatten ist, als eine die Erhaltung der sittlichen Reinheit der Ehe bezweckende, nicht das Schicksal der Güter sondern die Vermögensverhältnisse zwischen den Ehegatten regulirende Norm, ein Personalstatut nicht ein Realstatut (im älteren Sinn des Worts). 7) Das eheliche Güterrecht richtet sich nach dem örtlichen Rechte des Wohnsitzes der Ehegatten, nicht nach dem Orte, wo die Ehe geschlossen wurde[129]. Und zwar gilt dieser Grundsatz auch in Ansehung eines auswärts liegenden Grundstücks[130]. Herrscht daher am Orte des Domicils des Mannes das römische Dotalrecht, so ist das in Österreich liegende Grundstück gleichfalls nach den Regeln des römischen Dotalrechts zu behandeln[131]; herrscht an jenem Orte eheliche Gütergemeinschaft, so wird von ihr auch das in Österreich liegende Grundstück ergriffen[132], und die Frau haftet auch für jene Schulden des Ehegatten, welche derselbe in Österreich eingeht. Verändern die Ehegatten ihren Wohnsitz, so ändert sich damit das Güterrecht nicht, sondern es bleibt dasjenige Gütersystem fortbestehen, welches beim Beginn der Ehe herrschte[133]. 8) Das Intestat-

---

zutage ist man allgemein darüber einig, daß es auf die Gesetze des Orts wo das Grundstück liegt durchaus nicht ankomme; vgl. Bromirski l. c. §. 47.

129) Vgl. Savigny S. 327—334, Wächter XXV S. 47—60, Schäffner S. 132—152.

130) Auch in dieser Beziehung wurde früher öfters behauptet, daß die Realstatuten zur Anwendung zu kommen hätten (vgl. die bei Savigny S. 327 Note f, Wächter XXV Note 264 und Schäffner S. 137. 138 Note 4 angef. Schriftsteller) und diese Bestimmung gilt noch heutzutage nach engl. und amerikan. Recht (Schäffner §§. 105. 106). In Deutschland ist es aber seit dem Ende des 17. Jahrh. allgemein anerkannt, daß die lex domicilii auch auf die auswärts liegenden Grundstücke zu beziehen sei; vgl. Wächter S. 48 und die bei ihm Note 265—269 angef. Schriftsteller, Schäffner §§. 106. 107. Walter §. 46 Nr. 2, Thöl §. 80 u. A. Mit Unrecht will Harum im Magazin VIII S. 398 für das österr. Recht die Realstatuten in diesem Fall zur Anwendung bringen.

131) Nur wird hierin durch das Institut der öffentlichen Bücher in so fern eine Modification bewirkt, als die Inalienabilität des fundus dotalis, der in Österreich liegt, in den öffentl. Büchern ausgezeichnet sein muß, da sonst dritte Erwerber, welche im Vertrauen auf das öffentl. Buch handelten, geschützt würden.

132) Vgl. Bromirski §. 49. In dieser Beziehung ergeben sich manche Schwierigkeiten, welche aber erst in der Lehre vom ehel. Güterrecht gelöst werden können.

133) Der Fall der örtlichen Collision ist hier genau so zu behandeln wie der der zeitlichen (s. oben §. 21 Nr. V A Nr. 5); vgl. Wächter XXV S. 249 Note 263. — Das Nähere über diese wichtige und schwierige Frage in der Lehre von dem ehelichen Güterrecht.

erbrecht des überlebenden Ehegatten[134] wird, wo es ein reines Erbrecht ist, nach den sub V aufgestellten Grundsätzen, dafern es aber eine Wirkung des ehelichen Güterrechts ist, auf die in der vorigen Nummer aufgestellte Weise beurtheilt.

B. Elterliche Gewalt. 1) Die Entstehung der väterlichen Gewalt durch Zeugung in der Ehe ist nach dem örtlichen Rechte des Wohnsitzes des Vaters zur Zeit der Geburt des Kindes zu beurtheilen. Nach dem gleichen Rechte ist die Frage nach der Paternität des von einer Ehefrau geborenen Kindes zu beurtheilen[135]. 2) Der Umfang der elterlichen und insbesondere der väterlichen Gewalt richtet sich stets nach den Gesetzen des jeweiligen Wohnsitzes des Vaters. Hält sich ein Vater mit seinen Kindern in Österreich auf, ohne hier seinen Wohnsitz zu nehmen, so ist er dennoch nicht berechtigt, seine väterliche Gewalt in der ihm durch das Recht seines Wohnsitzes gestatteten Weise auszuüben, wenn nach unseren einheimischen Rechtsbegriffen diese Art als absolut verwerflich und unzulässig erscheint; z. B. wenn der Vater nach dem Recht seines Wohnsitzes das Recht auf Leben oder Tod, oder ein weitgehendes körperliches Züchtigungsrecht hätte[136]. 3) Die Vermögensverhältnisse zwischen dem Vater oder beiden Eltern und dem Kinde sind nach dem jeweiligen Gesetz des Wohnsitzes des Vaters, respective der Mutter zu beurtheilen[137]. Eine Veränderung des Wohnsitzes kann somit eine Veränderung der Vermögensverhältnisse nach sich ziehen. Jener Grundsatz kommt auch in Ansehung der in Österreich liegenden Immobilien in Anwendung; hat also der Vater, oder haben wie z. B. nach französischem Rechte die Eltern den Nießbrauch an dem Vermögen ihrer Kinder, so können dieselben dieses Recht auch an den in Österreich liegenden Grundstücken der Kinder geltend machen[138]. 4) Die Adoption ist nach den Gesetzen des Wohnsitzes des adoptirenden Elterntheiles zu beurtheilen. Adoptirt daher ein in Österreich wohnender Österreicher

134) Vgl. Savigny S. 336, Schäffner §. 134.
135) Savigny S. 338, Walter §. 46 Nr. 4.
136) Vgl. Wächter XXV S. 187. 188.
137) Vgl. Savigny S. 340, Wächter XXV S. 363, Walter §. 46 Nr. 5.
138) Nur versteht es sich von selbst, daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, der Nießbrauch in denselben ausgezeichnet werden muß.

in Frankreich ein Kind, so müssen die österreichischen Rechtsvorschriften zur Anwendung kommen [139]; adoptirt der in Frankreich wohnende Österreicher dort ein Kind, so kommen die Vorschriften des französischen Rechtes zur Anwendung [140]. 5) Die Auflösung der väterlichen Gewalt richtet sich in der Regel nach den Gesetzen des Ortes, wo der Vater seinen Wohnsitz zur Zeit hat, da seine väterliche Gewalt aufhören soll. Daher treten die Kinder eines in einem Lande des römischen Rechts lebenden Fremden mit dem zurückgelegten 24. Jahre aus der väterlichen Gewalt, wenn der Fremde seinen Wohnsitz nach Österreich verlegt; dagegen kann umgekehrt der seinen Wohnsitz nach Österreich verlegende Vater seine Kinder nicht im Testamente emancipiren, da das österreichische Recht eine emancipatio per testamentum nicht kennt [141]. 6) Die Rechte uneheliche r Kinder gegen ihre Eltern und umgekehrt richten sich nach dem jeweiligen Wohnsitze der Eltern. Die Rechte des in Frankreich domicilirenden Österreichers über sein in Frankreich oder in Österreich erzeugtes uneheliches Kind sind daher nach französischem Rechte zu beurtheilen, und wenn derselbe später in Österreich seinen Wohnsitz aufschlägt, so kommen die Vorschriften des österreichischen Rechtes zur Anwendung [142]. Was insbesondere die Paternitätsklage anbelangt, d. h. die Klage, womit

---

139) Zu diesen gehört insbes. auch die Vorschrift des §. 181 a. b. G. B., daß die Annahme an Kindesstatt der Landesstelle (jetzt dem Gerichtshof erster Instanz, Gesetz v. 9. Aug. 1854 §. 259) zur Bestätigung vorzulegen sei, da dieß nicht zur s. g. äußern Form dieses Rechtsgeschäfts gehört. Dagegen bedarf es, wenn die Adoption außerhalb Österreich geschieht, nicht „einer schriftlichen oder gerichtlichen Übereinkunft", wie sie §. 259 des angef. Gesetzes vorschreibt.

140) Die persönliche Fähigkeit des österr. Staatsbürgers zur Adoption ist jedoch, solange er österr. Staatsbürger ist, nach den österr. Gesetzen zu beurtheilen (Nr. 1), was freilich zu manchen Inconvenienzen führt (s. Note 4), vgl. z. B. §. 180 a. b. G. B. und a. 343 Cod. civ.

141) Schwierigkeiten ergeben sich in dem Fall, wenn bei einem Familienverhältnisse zwei verschiedene Wohnorte mit verschiedenem örtlichen Recht collidiren; z. B. ein in Österreich wohnender Vater verheirathet seine minderjährige Tochter an einen Ehemann, der seinen Wohnsitz in einem Lande hat, nach dessen Recht die Tochter durch die Heirath aus der väterlichen Gewalt tritt oder umgekehrt; vgl. hierüber Wächter XXV S. 186. 187.

142) Daher verliert auch z. B. das natürliche anerkannte Kind eines Franzosen, der später in Österreich seinen Wohnsitz aufschlägt, das gesetzliche Erbrecht, welches ihm nach franz. Recht zusteht (vgl. Zachariä III §. 571 und §. 754 a. b. G. B.) und der Vater verliert seine väterliche Gewalt über dasselbe (§. 166 a. b. G. B.).

ein uneheliches Kind eine bestimmte Person als seinen Vater in Anspruch nimmt und die Alimentation von derselben verlangt, so ist die Zulässigkeit derselben lediglich nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, wo die Klage angestellt wird [143]. Wenn daher in einem Lande wie z. B. in Frankreich (Cod. civ. a. 384) die allgemeine Regel aufgestellt ist: la recherche de la paternité est interdite, so kann ein Gericht eine Klage auf die Vaterschaft nicht annehmen, mag auch der Vater in einem andern Lande seinen Wohnsitz haben oder die Schwängerung in einem Lande stattgefunden haben, welches die Klage als zulässig anerkennt. Umgekehrt dagegen wird der österreichische Richter die Klage zulassen, mag der Österreicher oder ein Franzose in Frankreich, oder mag ein Franzose in Österreich das uneheliche Kind gezeugt haben, mag der Wohnsitz des Vaters in Frankreich oder in Österreich sein. Der Umfang und die Dauer der Alimentationsverpflichtung aber ist so wie die Existenz derselben stets nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, in welchem der Vater des unehelichen Kindes seinen Wohnsitz hat [144]. 7) Die Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe ist nach dem Wohnsitze des Vaters zur Zeit der Eingehung der Ehe zu beurtheilen [145]. Der Ort der Geburt des Kindes ist hierbei ganz gleichgiltig [146]. Die in einem fremden Lande geschehene Legitimation wirkt auch in Ansehung

---

143) Mit dem Folgenden stimmt Savigny S. 279. 280 nur theilweise überein. Er faßt nemlich die Paternitätsklage vom Standpunkt einer actio ex delicto auf (vgl. dagegen Wächter XXV S. 396. 397 und Bangerow I §. 260 Anmerk. 4) und nimmt daher seinem Grundsatz über das örtliche Recht der obligationes ex delicto zufolge (vgl. oben Nr. III lit. B) an, daß sich nicht nur die Zulässigkeit der Paternitätsklage, sondern auch der Umfang und die Bedingung der Alimentationspflicht nach dem Ort der Klage richte.

144) Nach österr. Recht kann hierüber kein Zweifel sein, da nach österr. Recht (§. 163 a. b. G. B.) der Grund der Obligation die unehelichen Kinder zu alimentiren die Vaterschaft also das verwandtschaftliche Verhältniß ist (vgl. Bangerow I §. 260 Anm. 4 Nr. 4). — Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern herrscht über diesen Punkt Meinungsverschiedenheit, welche mit der Verschiedenheit der Ansichten über den Grund dieser Obligatio (Vaterschaft, Delict, Thatsache der Erzeugung) zusammenhängt; vgl. hierüber vorläufig Bangerow I §. 260 Anmerk. 4.

145) Wenn daher ein Österreicher, der in Österreich ein uneheliches Kind gezeugt hat, später nach England übersiedelt und dort die Mutter des Kindes heirathet, so wird das in Österreich geborene Kind nicht legitimirt, da das englische Recht eine legitimatio per subsequens matrimonium nicht kennt.

146) Hierauf will mit Unrecht Schäffner §. 37. 38 alles Gewicht legen; s. aber dagegen Savigny S. 338—340, Walter §. 45 Nr. 2.

der in Österreich liegenden Immobilien [147]. Auch die anderswo geschehene legitimatio per rescriptum principis ist in Österreich und zwar insbesondere auch in Ansehung der Immobilien anzuerkennen [148].

C. Vormundschaft. 1) Die Errichtung der Vormundschaft richtet sich nach dem Gesetze des Wohnsitzes des Mündels [149], welcher in der Regel der Wohnsitz des verstorbenen Vaters sein wird [150]. Der Vormund, der für einen Mündel nach den Gesetzen von dessen Wohnort im Auslande giltig bestellt wurde, ist auch in Österreich als Vormund anzuerkennen und bedarf nicht etwa noch der Bestätigung des hiesigen Gerichts [151]. Besitzt aber ein im Auslande wohnender Mündel in Österreich Immobilien, so wird für dieselben eine besondere Vormundschaft errichtet (§. 225 a. b. G. B.) [152]. 2) Für die Verwaltung der Vormundschaft gilt das Recht des Gerichts, unter welchem die Vormundschaft entstanden ist und geführt wird [153]. Insoweit für die Immobilien eine besondere Vormundschaft errichtet

---

147) Auch in dieser Beziehung wollte man früher oft die Realstatuten zur Anwendung bringen, s. dagegen Schäffner §. 39. — Wenn daher z. B. Jemand der in Österreich Immobilien besitzt stirbt, so hat der österr. Richter die Frage, ob das uneheliche Kind legitimirt und daher in die Immobilien successionsfähig sei, nach dem Recht des Wohnsitzes des Vaters zur Zeit der Eingehung der Ehe zu beurtheilen.

148) Auch in dieser Beziehung hat man früher viele überflüssige Bedenken gehegt vgl. Schäffner §. 40.

149) Vgl. Savigny S. 340 fg. Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852 §§. 83. 84.

150) Jurisdict. Norm §. 20. Die Bestimmung des §. 183 des Ges. v. 9. Aug. 1854 ist nur von solchen Ausländern zu verstehen, welche nicht in Österreich ihren Wohnsitz hatten, da in dem entgegengesetzten Fall das Gericht, dem der Vater kraft seines Wohnsitzes unterworfen war, die definitive Bestimmung der Vormundschaft zu treffen hat vgl. §. 29 lit. a und §§. 20 und 83 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852.

151) Vgl. Schäffner §. 41 Nr. 1.

152) Über diesen Fall vgl. Savigny S. 341—343. Schäffner §. 41.

153) In Ansehung fremder in Österreich handelnder Vormünder kommen daher die fremden Gesetze zur Anwendung. Wenn also z. B. der Vormund eines Mündels in einem fremden Land, nach dessen Recht der Vormund ein Capital des Minderjährigen sich ohne gerichtliches Decret zurückzahlen lassen darf, von einem in Österreich domicilirenden Schuldner ein Capital ohne obervormundschaftliche Genehmigung erhebt, so kann vom Mündel nicht etwa später auf Grundlage des §. 234 a. b. G. B. nochmals Bezahlung verlangt werden.

wurde, wie dieſes in Öſterreich allerdings Regel iſt, hat der Curator ſich nach den Geſetzen des Orts zu richten, wo das Immobile liegt (argum. §§. 225. 226. 240 a. b. G. B.); es kommen daher in Anſehung der Veräußerung des Grundſtücks (Subhaſtation, Nothwendigkeit eines gerichtlichen Decrets u. ſ. w.) die öſterreichiſchen Geſetze (§. 232 a. b. G. B.) zur Anwendung. 3) Über die Verpflichtung zur Übernahme der Vormundſchaft, über Excuſationsgründe u. ſ. w. entſcheidet das örtliche Recht des Wohnſitzes des Vormundes (arg. §. 201 a. b. G. B.). 4) Über die Obligationen, in welche der Vormund durch die Führung der Vormundſchaft eintritt, entſcheidet das Recht des Ortes, wo die Vormundſchaft errichtet und geführt wird. Würde daher z. B. ausnahmsweiſe einem Fremden die Verwaltung einer Vormundſchaft in Öſterreich aufgetragen (§. 192 a. b. G. B.), ſo kommt in Beziehung auf ſeine Führung der Vormundſchaft lediglich das öſterreichiſche Recht zur Anwendung (§. 200 a. b. G. B.)[154].

V. In Anſehung des Erbrechts ſind nach öſterreichiſchem Recht[155] folgende Fälle zu unterſcheiden. A. Die Inteſtaterbfolge ſo wie die letztwilligen Verfügungen eines öſterreichiſchen Staatsbürgers ſind von dem öſterreichiſchen Richter lediglich nach den öſterreichiſchen Geſetzen zu beurtheilen, ohne Rückſicht darauf, wo der öſterreichiſche Staatsbürger ſeinen letzten Wohnſitz aufgeſchlagen hatte[156]. Es kommt alſo in dieſer Beziehung ſo wie oben sub I auf

---

154) Vgl. Savigny S. 347. Hiermit hängt auch der Gerichtsſtand der geführten Verwaltung zuſammen; die aus der Verwaltung der Vormundſchaft entſpringenden Klagen ſind nemlich bei dem Gericht anzubringen, von welchem die Verwaltung angeordnet wurde vgl. Jurisdict. Norm v. 18. Juni 1850 §. 35 und Haimerl Darſtellung der Competenzvorſchr. §. 21.

155) Über das gemeine Recht vgl. insbeſ. Savigny §. 375—378, Wächter im Arch. XXV S. 363. 383, Schäffner S. 165—201, Thöl §. 79, Walter §. 49, Günther S. 733—736. — Unſere öſterr. Schriftſteller übergehen dieſe wichtige Frage in der Regel gänzlich; nur Bromirski l. c. §. 43—45 berührt einige Fragen, welche er übrigens richtig entſcheidet; was Stubenrauch I S. 84 ſagt, iſt theils dürftig theils unbefriedigend.

156) Sehr beſtimmt iſt dieſe Anſicht ausgeſprochen im §. 86 der Jurisdict. Norm v. 18. Juni 1850 („Hat der Verſtorbene ohne aufzuhören öſterr. Reichsbürger zu ſein, ſeinen ordentlichen Wohnſitz im Ausland genommen, ſo iſt, wenn er im Ausland geſtorben iſt, zur Abhandlung ſeines Nachlaſſes das Bezirksgericht — ſeines letzten hierländigen ordentlichen Wohnſitzes — berufen"). Vgl.

den staatsbürgerlichen Verband, nicht auf die privatrechtliche Unterthanschaft an[157]. Die Bestimmungen des österreichischen Rechts kommen also ohne weiters zur Anwendung, sollte auch der Erblasser im Auslande gestorben sein oder im Auslande Vermögen besitzen[158] oder Ausländer zu Erben haben oder im Auslande sein Testament gemacht haben. Es ist daher 1) was die Intestaterbfolge betrifft lediglich nach österreichischen Gesetzen sowohl die Erbfähigkeit der Erben als die Erbfolgeordnung, die Collationspflicht[159] und die Vertheilung der Erbschaft zu beurtheilen. Nur kann es sich leicht ereignen, daß bei manchen Intestaterbfällen die ausländischen Gesetze in der Beziehung zur Anwendung zu bringen sind als es sich um gewisse präjudicielle Fragen handelt[160]. So muß z. B. die Frage, ob ein Kind ehelich oder unehelich sei, oder ob das uneheliche Kind als legitimirt zu betrachten sei u. s. w. nach ausländischem Rechte beurtheilt werden, wenn jene Verhältnisse im Auslande entstanden (vgl. Nr. IV); die Frage aber, welches Erbrecht den unehelichen Kindern zustehe, ob ein legitimirtes Kind successionsfähig sei u. s. f., ist nach österreichischem Recht zu beurtheilen. 2) Was die letztwilligen Verfügungen betrifft, so ist die Fähigkeit, einen letzten Willen zu errichten (testamentifactio activa)[161], der Inhalt des Testaments

---

Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852 §. 79 und §. 24 des Gesetzes über das gerichtl. Verfahren in Rechtsangelegenh. außer Streitsachen v. 9. Aug. 1854 und schon das westgaliz. Gesetzb. II §§. 589. 594.

157) Nach gemeinem Recht (vgl. Wächter S. 363. 364, Savigny S. 395) und ebenso nach preußischem Recht (vgl. Koch I §. 40 Nr. III) kommt es stets auf das örtliche Recht des letzten ordentlichen Wohnsitzes des Verstorbenen an. Daß diese Entscheidung die richtige sei, ergibt sich von selbst, da der Wohnsitz der Mittelpunkt des juristischen Daseins einer Person ist und das Vermögen als Einheit selbst wieder diese Person zum Mittelpunkt hat.

158) Der §. 24 des angef. Gesetzes v. 9. Aug. 1854 bestimmt, daß „das Gericht welchem — die Abhandlung der Verlassenschaft eines Inländers zukomme, dieselbe über alles wo immer befindliche bewegliche Vermögen und die in dem österr. Kaiserstaat gelegenen unbeweglichen Güter des Verstorbenen zu pflegen habe." Es ist somit von der Ansicht ausgegangen worden, daß wie in Österreich so auch in den übrigen Ländern rücksichtlich der Erbfolge in Immobilien die Realstatuten zur Anwendung kämen.

159) Vgl. hierüber Schäffner S. 479. 480.

160) Vgl. insbes. Wächter S. 364. 365 und Savigny S. 344 Nr. 7.

161) Die Erbfähigkeit der Erben und Legatare aber (testamentifactio passiva) ist auch in Österreich nach dem örtlichen Recht ihres Wohnsitzes, den sie zur

insbesondere die Rechtmäßigkeit der Enterbung oder Präterition, so wie die Größe des Pflichttheils, ferner die auf dem letzten Willen beruhende Singularsuccession (Vermächtniß) und das Verhältniß der Singularsuccession zur Universalsuccession u. dgl. nach österreichischem Recht zu beurtheilen.

B. In Beziehung auf Fremde ist nach österreichischem Recht[162] zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden, da das österreichische Recht sich der ältern Auffassung anschließt[163], wonach bei der Erbfolge in Immobilien die Realstatuten, bei jener in Mobilien die Personalstatuten zur Anwendung kommen. Daß diese Unterscheidung in dieser Allgemeinheit[164] innerlich ungerechtfertigt und unhaltbar sei, daß sie in praktischer Beziehung mit Rücksicht auf die nunmehr nothwendige Vertheilung der Erbschaftsschulden zu den größten Verwicklungen führe[165], ja daß sie mit der Auffassung des österreichischen Rechtes selbst, welches in der Erbfolge eine Universalsuccession sieht, im Widerspruche stehe, alles dieses ist ebenso gewiß als es andererseits feststeht[166], daß dennoch jene Unterscheidung auch

---

Zeit des Todes des Erblassers haben, zu beurtheilen; vgl. Savigny S. 313, Walter §. 43 Nr. 4 und §. 45. (Was Walter §. 43 Note 4 gegen Savigny bemerkt ist ganz unbegründet, da Savigny S. 164 Note a ganz dieselbe Entscheidung trifft, die Walter gibt.)

162) Über das preußische Recht herrscht in diesem Punkt bekanntlich lebhafter Streit, vgl. einerseits Bornemann I S. 53 fg. andrerseits Koch I §. 40, Savigny §. 378. Ebenso herrscht in dieser Beziehung im französ. Recht Streit vgl. insbes. Zachariä (in der 5. Ausg. von Anschütz) I §. 34 Nr. 4 und Note 6.

163) Über diese ältere Auffassung vgl. insbes. Wächter XXIV S. 275. 276. 292. XXV S. 188—198, Savigny §. 376. — Auch Schäffner S. 165—175 ist noch der Ansicht, daß die Intestaterbfolge in Immobilien nach der lex rei sitae zu beurtheilen sei.

164) Denn soweit es sich um die Succession in Lehen, Familienfideicommisse und Bauerngüter handelt, ist die Anwendung der Realstatuten (vgl. §. 26 des Gesetz. v. 9. Aug. 1854) vollkommen gerechtfertigt; vgl. Wächter XXV S. 364, Savigny S. 305—308, Walter §. 47 Nr. 6, Gerber §. 32 Note 13.

165) Vgl. Savigny S. 299. 300 und Bromirski §. 45.

166) Dieser Ansicht ist auch Bromirski §. 43, der aber nur von der Intestaterbfolge spricht. Die übrigen österr. Schriftsteller übergehen diese Frage mit gänzlichem Stillschweigen; erst Harum in Haimerl's Magazin VIII S. 396 berührt dieselbe wieder, geht aber in der Annahme der Anwendbarkeit der Realstatuten sicher viel zu weit.

für unser heutiges österreichisches Recht zu gelten habe (§. 300 a. b. G. B.)[167]. 1) Die Intestaterbfolge in Immobilien, welche ein Fremder in Österreich besitzt, richtet sich lediglich nach dem österreichischen Rechte; nach diesem ist sowohl die Erbfähigkeit des Intestaterben als die Erbfolgeordnung, die Collationspflicht[168] und die Vertheilung der Erbschaft zu beurtheilen. Ebenso sind letztwillige Verfügungen eines Fremden in Beziehung auf Immobilien nach österreichischem Rechte zu beurtheilen[169] sowohl in Beziehung auf die Testirfähigkeit des Erblassers als rücksichtlich des Inhalts, als insbesondere rücksichtlich der Rechtmäßigkeit der Enterbung und der Größe des Pflichttheils. — Zu welchen praktischen Inconvenienzen diese Behandlung führen müsse, leuchtet bei der Verschiedenheit der Grundsätze der verschiedenen Legislationen über die Intestaterbfolgeordnung, über die Enterbung, die Größe des Pflichttheils u. s. w. von selbst ein. 2) Was die Erbfolge in

---

167) Aus der allgemein lautenden Bestimmung des §. 300 a. b. G. B. allein könnte allerdings jenes Resultat nicht abgeleitet werden, da der §. 300 a. b. G. B. viel zu vag und allgemein abgefaßt ist, als daß sich aus ihm mit Bestimmtheit entnehmen ließe inwieweit die Realstatuten zur Anwendung zu kommen haben. Daß aber in der That der §. 300 a. b. G. B. in dem ihm im Text gegebenen Umfang zu nehmen sei und daß er von der gesetzgebenden Gewalt stets so aufgefaßt wurde, ergibt sich aus Folgendem. In einem Hofdecr. v. 22. Juli 1812 (J. G. S. Nr. 997) heißt es in lit. b ausdrücklich wie folgt: „Den österr. Gerichten steht die Abhandlung in ihrem vollen Umfang, daher auch die Beurtheilung der Rechte aller Theilnehmenden dann zu, wenn das im österr. Gebiet befindliche Vermögen des Ausländers bloß aus unbeweglichen Gütern besteht; nur insofern die Giltigkeit eines letzten Willens von der äußern Form desselben abhängt, ist darüber nach den Gesetzen des Orts, wo er errichtet worden ist, zu entscheiden." An dieser Auffassung wurde bis in die neueste Zeit festgehalten; so bestimmt das Gesetz v. 9. Aug. 1854 §. 22 „Über die innerhalb des österr. Staatsgebietes liegenden unbeweglichen Güter eines verstorbenen Ausländers kommt dem nach den Gesetzen über die Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtssachen dazu berufenen österr. Gericht — die Abhandlung im vollen Umfang zu. Dasselbe hat daher die Beurtheilung der Rechte aller Betheiligten — nach den hierländigen Gesetzen zu pflegen." Vgl. auch §. 89 der Jurisdict. Norm v. 18. Juni 1850 und §. 84 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852, ferner das Patent v. 28. Juni 1850 §. 44 und die Justizministerialverordn. v. 17. Dec. 1852 für Ungarn u. s. f. — Hiernach kann es keinem Zweifel unterworfen sein, daß sowohl die Intestat- als die Testamentserbfolge in Immobilien der Ausländer nach den Realstatuten zu beurtheilen sei.

168) Vgl. Bromirski l. c. §. 44.

169) Eine Ausnahme macht nur die Form des Testaments vgl. Note 167 und Nr. VI.

die Mobilien eines Fremden betrifft, so hat sich schon frühe gerade als Correctiv gegen den auf die Erbfolge in Immobilien angewendeten Satz, daß die Sachen nach dem örtlichen Recht ihrer Lage zu beurtheilen seien, die Regel herausgebildet: Mobilia sequuntur personam, Mobilia ossibus inhaerent[170], und es wird demnach allgemein[171] der letzte ordentliche Wohnsitz des Erblassers als für die Beurtheilung der Intestaterbfolge und der testamentarischen Succession maßgebend angesehen. Was nun das österreichische Recht betrifft, so ist hier vor allem jener Vorschriften zu erwähnen, welche zwar zunächst die Abhandlung einer Verlassenschaft des Ausländers betreffen, bei dieser Gelegenheit aber auch die Frage besprechen, welches materielle örtliche Recht in Anwendung zu bringen sei. Diese Vorschriften gehen im Wesentlichen dahin[172], daß wenn der Verstorbene einem Staat angehört, welcher die Zuständigkeit des österreichischen Gerichts rücksichtlich des dort befindlichen Nachlasses österreichischer Unterthanen anerkennt, in Ansehung des beweglichen Vermögens „der zuständigen ausländischen Behörde des Erblassers sowohl die Erbschaftsabhandlung als die Entscheidung aller streitigen Rechtsansprüche zu überlassen sei." Erkennt der Staat, dem der Ausländer angehört, die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte rücksichtlich des dort befindlichen Nachlasses österreichischer Unterthanen nicht an oder läßt sich dessen Behandlungsweise nicht ermitteln, so ist in dem ersten Falle der Grundsatz der Gegenseitigkeit zu beobachten, im zweiten Falle aber über den hierlands befindlichen Nachlaß eines solchen Ausländers wie über die Verlassenschaft eines jeden Inländers zu verfahren (§. 23 des Gesetzes v. 9. Aug. 1854)[173]. Sollten in dem Fall, als über den Nachlaß eines Ausländers, welcher seinen ordentlichen Wohnsitz im österreichischen Staate genommen hatte, nach den angeführten Bestimmungen die Abhandlung von der

---

170) Vgl. Wächter XXIV S. 297.

171) Schäffner S. 175—179.

172) Diese Vorschriften finden sich im Wesentlichen bereits in dem Note 167 angef. Hofdecr. v. 22. Juli 1842, ebenso im Patent v. 28. Juni 1850 §. 41, im §. 87—89 der Jurisdict. Norm v. 18. Juni 1850 und endlich im neuesten Gesetz v. 9. Aug. 1854, nach welchem die Angabe im Text geschieht.

173) Vgl. hierzu §. 80 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852.

ausländischen Behörde zu pflegen wäre, die hierlands befindlichen Betheiligten um die Abhandlungspflege durch die österreichische Gerichtsbehörde ersuchen, so hat die letztere die Abhandlung nach den österreichischen Gesetzen vorzunehmen, sofern über vorausgegangene Edictalladung auch die auswärtigen Betheiligten, von welchen etwa Erbrechtsansprüche angemeldet wurden, sich dieser Verhandlung unterwerfen (§. 24 des angef. Gesetz.)[174]. Der bewegliche Nachlaß der Ausländer, rücksichtlich deren nicht ausgemittelt werden kann, welchem Staat sie angehören, oder welche die Staatsbürgerschaft in demjenigen Staate welchem sie angehören bereits verloren haben, ist von den österreichischen Gerichten nach österreichischen Gesetzen zu verhandeln (§. 25 des angef. Gesetz.). — In Ansehung dieser Bestimmungen nun ist es principiell zu mißbilligen, daß dieselben die zwei Fragen, welches Gericht die Abhandlung zu pflegen habe und welche materiellen Vorschriften über die Erbfolge ab intestato oder aus einem Testamente anzuwenden seien, nach Einem Maßstabe behandeln. Diese zwei Fragen sind aber principiell wesentlich verschiedener Natur. Die Frage, welches Gericht einzuschreiten und welche formellen Vorschriften dasselbe zu beobachten habe, ist eine Frage, welche damit gar nichts zu thun hat, welches örtliche materielle Recht die einschreitende Gerichtsbehörde anzuwenden habe. Durch jene Bestimmungen wird der richtige Standpunkt gänzlich verrückt und die Frage, welches materielle örtliche Recht über die Erbfolge zu entscheiden habe, von dem an sich ganz gleichgiltigen Umstande abhängig gemacht, ob das inländische oder ausländische Gericht einschreite[175]. Hiernach ist denn für unser österreichisches Recht rücksichtlich der Erbfolge in Mobilien nicht wie nach gemeinem Recht der letzte ordentliche Wohnsitz des Erblassers entscheidend, sondern diese Frage

174) Vgl. §. 440 desselben Gesetzes und §. 88 der Jurisdict. Norm v. 18. Juni 1850 und §. 80 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852.

175) Es kann sich auf diese Weise leicht ereignen, daß, wenn der ab intestato verstorbene Ausländer einem Staat angehört, der die Zuständigkeit österr. Gerichte nicht anerkennt und daher die Abhandlung seines in Österreich befindlichen Vermögens nach den österreichischen Gesetzen gepflogen wird, in das hier und dort liegende Vermögen eine verschiedene Intestaterbfolge stattfindet. Wie ist es in diesem Fall mit den Schulden des Erblassers zu halten? Diese und noch viele andere praktische Schwierigkeiten sind die Folge jener gesetzlichen Bestimmungen.

hängt von der Vorfrage ab, welches Gericht die Verlaſſenſchafts-abhandlung zu pflegen habe. — Es kann ſich aber auch der Fall ereignen, daß vor einem öſterreichiſchen Gerichte die Erbfolge in Mobilien eines Ausländers zur Sprache kommt, ohne daß das inländiſche Gericht die Verlaſſenſchaftsabhandlung zu pflegen gehabt hätte: welches örtliche Recht iſt in dieſem Fall anzuwenden? Z. B. der Ausländer A, der in dem Staate B ſeinen ordentlichen Wohnſitz hat, ſtirbt ohne wie es anfänglich ſcheint ein Teſtament hinterlaſſen zu haben; ſeine Inteſtaterben ſind Öſterreicher; die Behörde des fremden Staates hat die Verlaſſenſchaftsabhandlung gepflogen, oder es iſt etwa dem Recht des fremden Staates zufolge gar keine Abhandlung gepflogen worden; ſpäter findet ſich ein Teſtament vor und der eingeſetzte Teſtamentserbe klagt gegen den in Öſterreich wohnenden Inteſtaterben vor den öſterreichiſchen Gerichten: welches örtliche Recht hat der öſterreichiſche Richter anzuwenden, nach welchem Rechte hat er die Frage über die Giltigkeit des Teſtaments, die Größe des Pflichttheils u. ſ. w. zu beurtheilen? Hier ſteht nichts im Wege, daß nicht auch für unſer öſterreichiſches Recht der im gemeinen Rechte geltende Grundſatz, der in der Natur der Sache gegründet iſt, zur Anwendung komme, d. h. auch der öſterreichiſche Richter wird in dieſem Falle das örtliche Recht des letzten Wohnſitzes des Erblaſſers als das maßgebende anzuſehen und zur Anwendung zu bringen haben.

C. Erbverträge ſind nach Analogie der Teſtamente zu behandeln; bei zweiſeitigen Erbverträgen erſcheint jener Theil als Erblaſſer, welcher zuerſt ſtirbt [176].

VI. Formen der Rechtsgeſchäfte [177]. Die Rechtsnorm, welche für die Errichtung eines Rechtsgeſchäfts gewiſſe weſentliche Formen vorſchreibt, gehört zu den abſoluten Vorſchriften (leges cogentes, Präceptivgeſetze, abſolute Geſetze) [178]. Die Beobachtung dieſer Formen iſt nicht in das Belieben der Partei geſtellt; ihre Erfüllung iſt weſentlich zur Giltigkeit des Rechtsgeſchäfts, der Mangel der Beobachtung derſelben zieht Nichtigkeit des Geſchäftes nach ſich.

176) Savigny S. 344. 345.

177) Vgl. Savigny §§. 381. 382, Walter §. 50.

178) Dieß wurde von älteren und neueren Schriftſtellern häufig überſehen; vgl. Wächter XXV S. 369. 370. 405.

Hiernach müßte die Form jenes örtlichen Rechtes, nach welchem das fragliche Rechtsgeschäft überhaupt zu beurtheilen ist, bei sonstiger Ungiltigkeit des Geschäftes angewendet werden. Da dieß aber bei der Verschiedenheit der positiven Normen über die Form der Rechtsgeschäfte viele praktische Schwierigkeiten nach sich zöge, indem weder alle die Formen, welche an den verschiedenen Orten, wo ein Rechtsgeschäft zur Sprache kommen kann, zugleich beobachtet werden können, noch auch die Beobachtung mancher Formen überall möglich ist, so hat sich seit dem 16ten Jahrhundert ein Gewohnheitsrecht ausgebildet, welches den Zweck hat, die formelle Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes überall und nach allen Seiten hin zu sichern. Dieses Gewohnheitsrecht spricht sich in der Regel aus locus regit actum, welche Regel eben den Sinn hat, daß ein Rechtsgeschäft nach seiner formellen Seite überall als giltig betrachtet werden soll, wenn nur die Form dem Rechte desjenigen Ortes entspricht, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde[179]. Diese Regel gilt unzweifelhaft auch für das österreichische Recht, obgleich sie im Gesetzbuche nirgends ausgesprochen ist; die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs haben es wohl ebenso wie die Verfasser des französischen[180] und preußischen[181] Gesetzbuchs für überflüssig gefunden, diese Regel besonders auszusprechen, weil sie als allgemein bekannt und unbe-

---

179) Die Allgemeingiltigkeit dieser Regel wird so wenig als die Richtigkeit der Ausführungen von Wächter und Savigny u. A. über dieselbe durch dasjenige erschüttert, was Thöl §. 83 dagegen einwendet, der hier manches einmischt (vgl. z. B. Note 6), was gar nicht hierher gehört. Thöl's Ansicht stimmt auch Gerber §. 32 a. E. nicht bei.

180) Das französ. Gesetzb. hatte in dem Entwurf den Satz aufgenommen: la forme des actes est reglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. Man ließ diesen Satz im Gesetzbuch aus, da man diese Regel für so bekannt und gewiß hielt, daß ihre Aufnahme überflüssig erschien. Foelix p. 102. 103, Zachariä §. 34 Nr. 5 und Note 7, Schäffner §. 94.

181) Was Savigny S. 365 in Beziehung auf das preußische Recht sagt („Als das allgem. Landrecht abgefaßt wurde, gehörte jene Rechtsregel unter den deutschen Juristen zu den bekanntesten und gewissesten Sätzen. Es ist aber sehr unwahrscheinlich, daß man eine Regel von solchem Charakter durch bloßes Stillschweigen zu beseitigen die Absicht gehabt haben sollte") paßt ebensogut für unser österr. Recht. — Ins Zürcher'sche Gesetzb. ist diese Regel ausdrücklich aufgenommen worden (§. 6 vgl. Bluntschli Comment. I S. 46 fg.) aber in einer Fassung, die manches Bedenken erregt.

ſtritten giltig vorausgeſetzt wurde[182]. Dieſe Regel findet ihre vorzüglichſte Anwendung: 1) im Erbrecht[183]. Eine letztwillige Verfügung (Teſtament, Codicill, Erbvertrag, Schenkung auf den Todesfall) iſt in Beziehung auf ihre Form[184] giltig, wenn die Form des Orts beobachtet wurde, in welchem ſie errichtet worden iſt. Dieſe auf dem Weg allgemeiner Gewohnheit gebildete Regel[185] gilt ganz allgemein und ohne daß in Beziehung auf ſie zwiſchen Mobilien und Immobilien ein Unterſchied zu machen wäre[186]. Die Beobachtung der am Errichtungsort geltenden Formen iſt nicht unbedingt nöthig, ſie iſt bloß facultativ[187], ſo daß der Teſtirer die Wahl hat, entweder die Form des Errichtungsortes oder die Form jenes Orts zu

---

182) Auch Bromirski l. c. §. 53 erkennt die Giltigkeit dieſer Regel für unſer heutiges öſterr. Recht an, beruft ſich aber irriger Weiſe hierfür auf §. 37 a. b. G. B. Auch Zeiller I S. 44 erkennt die Anwendbarkeit dieſer Regel ohne Bedenken an.

183) Vgl. Savigny §. 381 Nr. IV, Wächter XXV S. 368—380, Schäffner S. 182—196.

184) Es handelt ſich hier nur um die ſ. g. äußere Form; dieſe Frage alſo, ob die letztwillige Verfügung ihrem Inhalt nach (ſ. g. innere Form) giltig ſei, ob der Erbvertrag nach den Regeln des zur Anwendung kommenden örtlichen Rechts zuläſſig ſei u. ſ. f. iſt von jener Regel ganz unabhängig; vgl. Wächter S. 374 und Note 360. Ebenſowenig gehört zu dieſer äußern Form die Frage, ob eine Frau ohne Autoriſation ihres Ehemannes teſtiren kann, eine Frage, welche Schäffner S. 196 irriger Weiſe hierherzieht. Dagegen gehört aber auch Alles hierher, was die äußere Form betrifft, alſo nicht nur die Zahl der Zeugen, ihre Fähigkeit zum Solennitätszeugniß, die Nothwendigkeit ihrer Unterſchrift und Unterſiegelung u. ſ. f., ſondern auch die Frage, ob überhaupt Zeugen zuzuziehen ſeien u. dgl. m. vgl. Wächter S. 376. 377.

185) Über die Bildung dieſes Gewohnheitsrechts vgl. Wächter XXV S. 374—374. Dieſe Regel hat man früher häufig aus dem römiſchen Recht ableiten zu können geglaubt (unter Berufung auf l. 9 C. de testam. 6, 23 l. 2 C. quomod. testam. aper. 6, 32), allein ganz mit Unrecht, vgl. Wächter XXV S. 369. XXIV S. 242—252, Savigny S. 360—363, Schäffner S. 184—186.

186) Vgl. das Note 167 citirte Hofdecr. v. 22. Juli 1812, Schäffner §. 143, Wächter XXV S. 368. In früherer Zeit hat man öfters auch in dieſem Punkt in Beziehung auf Immobilien gefordert, daß das Teſtament nach der von der lex rei sitae vorgeſchriebenen Form errichtet werde (vgl. Schäffner §. 141) und dieſe Anſicht, welche man oft auf die wunderlichſte Weiſe zu begründen verſuchte (vgl. z. B. den bei Schäffner S. 186 Note 1 angef. Burgundus) gilt noch gegenwärtig nach engliſchem und amerikan. Recht; vgl. Story §§. 474. 478, Schäffner §. 146.

187) Savigny S. 358. 359, Wächter S. 377—380, vgl. auch Bromirski §. 56.

beobachten, nach dessen Recht seine letztwillige Verfügung in allen übrigen Beziehungen beurtheilt wird[188]. Wendet der Testirer die Form des Errichtungsortes an, so verliert bei der Rückkehr in die Heimat das Testament seine Giltigkeit nicht[189] und ebenso wenig wird das am Errichtungsort nach der Form des Rechts des Errichtungsorts oder am Wohnorte nach den Formen des Rechts desselben errichtete Testament ungiltig, wenn der Testator später an einen andern Wohnort zieht, dessen Recht andere Testamentsformen vorschreibt[190]. 2) Im Obligationenrecht[191]. Obligatorische Verträge[192] sind in Beziehung auf die äußere Form[193] überall giltig.

---

188) Ist dieses örtliche Recht das Recht des Wohnsitzes, so kann der Testirer entweder die von diesem Recht vorgeschriebenen Formen oder die Formen des Rechts des Errichtungsorts anwenden. Ist aber das örtliche Recht das Realstatut, wie dieß in Österreich in Ansehung der Immobilien der Fall ist, dann hat der Testirer nur die Wahl, entweder die Formen des Rechts des Errichtungsorts oder die Formen des Rechts des Orts, wo die Immobilien liegen, anzuwenden. Ein Franzose, der während einer Reise in Berlin über seine in Österreich liegenden Immobilien testirt, muß demnach entweder die Formen des preußischen oder die des österr. Rechts beobachten; würde er die Formen des französ. Rechts beobachten, so hätte der österr. Richter dasselbe in Beziehung auf die Immobilien für formell ungiltig zu halten.

189) Es ist also der Erblasser nicht genöthigt nunmehr nochmals mit Beobachtung der Formen, die das Recht seines Wohnsitzes vorschreibt, zu testiren, weil ein letzter Wille, bei dem die Formen des Rechts des Errichtungsorts beobachtet wurden, überall als formell giltig anzusehen ist; vgl. Wächter S. 374. 375, Savigny S. 356, Schäffner §. 142.

190) Wächter S. 382, Schäffner §. 149. Hätte der Erblasser nicht an seinem Wohnort, sondern auswärts nach der an seinem Wohnort geltenden Form testirt und ändert er später seinen Wohnort, so wird sein Testament ungiltig, wenn die Form am neuen Wohnsitz von der Form am alten Wohnort verschieden ist.

191) Vgl. Savigny §. 384 Nr. III, Wächter XXV S. 405—408, Schäffner S. 92—108.

192) Es ist hier also nicht die Rede von den Formen, welche beobachtet werden müssen, um einen dinglichen Vertrag giltig zu schließen, um ein dingliches Recht zu erwerben. Förmlichkeiten letzterer Art z. B. die im österr. Recht vorgeschriebene Form der Tabularurkunden (§. 434 fg. a. b. G. B.) sind natürlich nach der lex rei sitae zu beurtheilen vgl. Savigny §. 384 Nr. II. Man hat früher diese Unterscheidung öfters nicht gehörig gemacht z. B. Bromirski §. 55, Schäffner §. 78 u. A., und ist dadurch zu Ausnahmen und Restrictionen der Regel gedrängt worden, welche ganz überflüssig sind, da jene Regel auf dem Gebiet des s. g. unmittelbaren Sachenrechts gar nichts zu thun hat.

193) Für alle übrigen Fragen z. B. über die Giltigkeit, Klagbarkeit des Vertrags u. s. f. gilt das Nr. III Gesagte. — Ebensowenig darf mit der äußern Form die Frage über die Beweismittel eines Vertrags verwechselt werden:

wenn die contrahirenden Parteien die Formen des Ortes beobachtet haben, wo der Vertrag abgeschlossen wurde[194]. Aber auch in diesem Fall ist die Beobachtung der am Errichtungsort vorgeschriebenen Form rein facultativ[195]: die Parteien können nach ihrem Belieben auch die Form des örtlichen Rechts anwenden, welches überhaupt für die Beurtheilung ihres Vertrages das maßgebende ist[196]. Nur wird einerseits dieses örtliche Recht nach österreichischem Recht in der Regel (Nr. III) mit dem Orte der Errichtung zusammenfallen[197]; andererseits

---

diese sind nach dem Recht des Orts zu beurtheilen, wo der Proceß geführt wird (vgl. Savigny S. 134, Schäffner §. 83 u. 157, Walter §. 44). Der Richter hat daher nach dem Recht seines Landes zu beurtheilen, ob der im Ausland formell giltig geschlossene Vertrag im Inland durch Zeugen bewiesen werden könne (mit Unrecht ist Zachariä I §. 34 Note 7 a. A.), ob die Zeugen tüchtig oder verdächtig sind (übereinstimmend Zachariä a. a. O.) u. dgl. m. Bestritten ist im gemeinen Recht die Frage, welches örtliche Recht in Ansehung der Beweiskraft der Handelsbücher zur Anwendung zu bringen sei, ob das Recht des angerufenen Richters (Schäffner S. 205. 206 und die bei ihm S. 206 Note 2 citirten zahlr. Schriftsteller, Walter §. 44 Note 4) oder das Recht des Orts, wo die Handlungsbücher geführt werden (Savigny S. 355). Im österr. Recht kann diese Frage für die meisten Fälle zufolge der positiven Bestimmung der Gesetzgebung (Pat. v. 12. Dec. 1785, Hofdecr. v. 4. Mai 1787, vgl. §. 190 der galiz. G. O., Pratobevera Material. Bd IV S. 108, Fischer Handelsrecht ed. Ellinger 3. Aufl. S. 177), daß die materielle Reciprocität stattzufinden habe, gar nicht zur Sprache gebracht werden. In jenen Fällen aber, wo die materielle Reciprocität nicht stattfindet (z. B. wenn ein Ausländer gegen einen Ausländer vor den österr. Gerichten klagt), dürfte sowohl die Frage, ob die Bücher gehörig geführt wurden (Hofdecr. v. 4. Mai 1787 J. G. S. Nr. 676), als die Frage, welche Beweiskraft diesem gehörig geführten Handlungsbuch zuzuschreiben sei, nach dem Recht des angerufenen Richters zu beurtheilen sein. (Die Lösung dieser Frage im angef. Handelsr. von Fischer S. 178 halte ich für unrichtig.)

194) Diese Regel ist anerkannt in der allgem. Wechselordn. v. 1. Mai 1850 a. 85. 86. — Daher ist z. B. auch ein formlos abgeschlossener Vertrag überall giltig, wenn die Gesetze des Errichtungsorts keine besondere Form fordern; ein in Österreich von einem Franzosen gemachtes Schenkungsversprechen ist daher giltig, wenngleich die Form, die a. 931 Cod. civ. vorschreibt, nicht beobachtet wurde. — Auch diese Regel hat man früher irriger Weise aus dem römischen Recht ableiten zu können geglaubt, vgl. Wächter XXV S. 405, Schäffner §§. 76. 77.

195) Vgl. Savigny S. 358, Wächter S. 406. 407. Manche Schriftsteller (z. B. Hillepraudt in der angef. Abh. S. 46 u. A.) nehmen mit Unrecht ein unbedingtes locus regit actum an. Schwankend ist Schäffner §§. 78—88.

196) Dieß ist anerkannt in der allgem. Wechselordn. a. 85 Abs. 3.

197) In jenen Fällen, in denen auch nach österr. Recht (s. Nr. III) der Vertrag ausnahmsweise nach dem Recht eines andern Orts als des Errichtungsorts beurtheilt wird, können die Parteien beliebig die an diesem Ort oder an dem Ort der Errichtung vorgeschriebenen Formen beobachten. Wenn also z. B. zwei Inländer

hat die Beobachtung der Form des Errichtungsorts den Vortheil, daß die formelle Giltigkeit des Geschäfts dadurch überallhin gesichert wird, während bei der Beobachtung der Form des örtlichen Rechts, nach welchem das Geschäft überhaupt zu beurtheilen ist, mit dem etwaigen Wechsel dieses Rechts das Geschäft formell ungiltig wird, wenn das neue Recht andere Formen vorschreibt[198]. 3) Im Eherecht. Die Ehe ist im Inlande giltig, wenn sie im Auslande unter Beobachtung der ausländischen Formen eingegangen wurde. Wenn jedoch das Recht der Heimat den giltigen Abschluß der Ehe an eine kirchliche Trauung bindet, so müßte die kirchliche Trauung auch im Auslande stattfinden, wenngleich das ausländische Recht die s. g. Civilehe kennt. Dieß aus dem Grunde, weil die kirchliche Trauung nicht wie z. B. das Aufgebot zu den bloß äußeren Formen gehört, sondern ein inneres Erforderniß des Actes selbst ausmacht[199].

Achtes Capitel.

Das System des Privatrechts.

§. 24. Das Recht als der Inbegriff der Rechtssätze und Rechtsregeln besteht in der Ordnung gewisser Lebensverhältnisse und Beziehungen der Personen zu einander. Das System des Rechts ist demnach ein System der Rechtssätze und Rechtsnormen[1], ein System der Ordnung. Die Rechtssätze sind verschieden nach der Ver-

---

im Auslande contrahiren, können sie ihren Vertrag nach den am Errichtungsort vorgeschriebenen Formen oder nach den Formen des österr. Rechts abschließen und es wird daher ein zwischen ihnen in Frankreich schriftlich aber ohne Beobachtung der Vorschrift des Cod. civ. a. 931 geschlossener Schenkungsvertrag in Österreich klagbar sein. Vgl. auch die in Note 196 angef. Stelle der allgem. Wechselordn.

198) Vgl. insbes. Wächter S. 406. 407.

199) Diese Ansicht findet sich schon bei Rocco in der angef. Abhandl. und jetzt insbes. bei Savigny S. 357, dem Thöl §. 80 und §. 83 Note 6 und Gerber §. 82 Note 16 beistimmen (Walter Kirchenrecht §. 300 Nr. III und Deutsches Privatrecht §. 50 Nr. 4 hat zwar die richtige Ansicht, will sie aber mit Unrecht aus einem in fraudem legis agere ableiten). — Von manchen Gesetzgebungen ist jene Ansicht ausdrücklich sanctionirt worden. — Die entgegengesetzte Ansicht findet sich bei Schäffner §§. 100. 101 und bei Stubenrauch I S. 80.

1) Vgl. Böcking I §. 29 §. e.

schiedenheit der Rechtsverhältnisse, welche sie zu regeln bestimmt sind. Die Rechtsverhältnisse bilden nicht nur die objective Grundlage der Rechtssätze, das factische Material, welches geregelt und beherrscht werden soll; sie sind vielmehr der Boden, welchem die Rechtssätze organisch entwachsen, sie bringen mit ihrer Existenz die Regeln, welche sie beherrschen sollen, von selbst hervor, in ihnen und mit ihnen sind die Rechtsnormen zugleich gegeben. Das System des Rechts ist demnach ein *System der Rechtsverhältnisse und der aus ihnen entstammenden Rechtssätze*. Den Inhalt einer überwiegenden Anzahl von Rechtsbestimmungen bilden die Rechte im subjectiven Sinn als die Macht, welche der einzelnen Privatperson innerhalb einer gewissen Grenze durch das objective Recht eingeräumt wird. Diese Rechte und Befugnisse, welche der Person zustehen, machen den Inhalt einer großen Zahl von Rechtsverhältnissen aus; sie sind verschieden mit der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, deren Inhalt sie bilden. Die Rechtsverhältnisse sind somit wie die Grundlage der Rechtssätze so auch die Grundlage der Rechte im subjectiven Sinn; sie sind das Bestimmende, während die einzelnen Rechte das durch sie Bestimmte sind. Die Rechte, welche einer Person zustehen, sind verschieden nach der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, in welchen sie steht: weil die betreffende Person in einem gewissen Verhältniß steht, sind ihre Rechte dieser Art, ihre Befugnisse dieser Natur, nicht aber sind die Verhältnisse verschieden, weil die Rechte und Befugnisse der Personen verschieden sind[2]. Die Rechts-

2) Es ist geradezu verkehrt, wenn Puchta die Rechte als das Bestimmende, die Rechtsverhältnisse als das Bestimmte ansehen will und (Pandekt. §. 33) sagt: „die Rechtsverhältnisse haben eine verschiedene Natur, je nachdem sie sich auf die eine oder die andere Stellung ihrer Subjecte beziehen", da doch gerade umgekehrt die Stellung der Subjecte eine verschiedene ist, je nachdem sie in verschiedenen Rechtsverhältnissen z. B. in öffentlichrechtlichen Verhältnissen, in Familienverhältnissen stehen. Ebenso unrichtig ist es, wenn Puchta Cursus der Instit. I S. 12 sagt, daß sich „die Rechtssätze in Massen sammeln nach den Verhältnissen, die sie bestimmen", da gerade umgekehrt die Rechtssätze durch die Rechtsverhältnisse bestimmt werden, und S. 13 daß „die Rechte in der Wirklichkeit zu Complexen sich sammeln, die man Rechtsverhältnisse nennt", da das Rechtsverhältniß in concreto kein Complex von Rechten, sondern Entstehungsgrund concreter subjectiver Rechte ist. Puchta's System (vgl. Rheinisches Museum Jahrg. III 1829 Nr. 17 „Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? Beantwortet durch eine Classification der Rechte überhaupt" [dieser Aufsatz findet sich jetzt auch in Puchta's Kleine civilistische Schriften. Gesammelt und herausgegeben von Rudorff. Leipzig 1851. Nr. XIV

verhältniſſe ſind ſomit das prius, das Bewirkende: die einzelnen Rechte das posterius, das Bewirkte. Das Syſtem des Rechts kann daher kein Syſtem der Rechte ſein, da einem ſolchen der Boden fehlen würde, dem die Rechte entſtammen, aus welchem ſie ihren Inhalt, ihre Beſchaffenheit und Natur ziehen [3].

Die Rechtsverhältniſſe erſcheinen zunächſt als eine bunte Menge verſchiedener Beziehungen der Perſonen zu einander. Bei genauerer Betrachtung zeigt es ſich aber bald, daß die Rechtsverhältniſſe unter einander in einem innern organiſchen Zuſammenhange ſtehen. Durch eine große Anzahl von Rechtsverhältniſſen geht ein gleiches Grundprincip hindurch, es iſt ein gemeinſchaftlicher Typus, welcher eine Reihe von Rechtsbeziehungen beherrſcht; dieſe von einer gemeinſam leitenden Idee durchzogenen Verhältniſſe gruppiren ſich unter einander wieder in verſchiedenen Geſtaltungen und bilden auf dieſe Weiſe einen Organismus, in welchem jedes Glied zugleich als Ganzes und als Theil eines höhern Ganzen erſcheint. Da nun die Rechtsverhältniſſe das Beſtimmende, die Rechtsſätze das Beſtimmte ſind, Beſtimmendes und Beſtimmtes aber in enger Wechſelwirkung ſtehen, ſo kann es nicht fehlen, daß ſich auch auf dem Gebiete der Rechtsregeln eine ähnliche Erſcheinung manifeſtiren wird. Auch die Rechtsſätze ſtehen nicht als todte Maſſen, als ein mechaniſches Aggregat von Regeln und Beſtimmungen neben einander; entſprechend den Rechtsverhältniſſen gliedern ſich auch die Rechtsſätze in größere und kleinere Kreiſe und bilden einen dem Organismus der Rechtsverhältniſſe correſpondirenden Organismus von Rechtsregeln. Dieſe organiſche Einheit einer

---

S. 239—259] Inſtitut. I §. 24—27) iſt bekanntlich ein Syſtem der Rechte, welches er durch eine (unrichtige) Anwendung der Kategorie als Gegenſtand des Rechts (vgl Inſtitut. II §. 207 und ſ. weiter unten §. 59) durchzuführen ſucht, ohne daß es ihm ſelbſt gelungen wäre, dieſe Gliederung ſtreng einzuhalten (vgl. Arndts in den kritiſchen Jahrbüchern 1843 I S. 300). Gegen Puchta haben ſich die in der folgenden Note angeführten Schriftſteller erklärt; außer Scheurl Inſtitutionen 1850 und Gerber Syſtem des deutſchen Privatrechts iſt ihm meines Wiſſens kein einziger Schriftſteller in dieſer Beziehung gefolgt (nunmehr hat ſich auch Scheurl in der 2. Ausg. ſ. Inſtitut. 1855 von Puchta's Syſtem losgeſagt).

3) Vgl. Schröter in den kritiſchen Jahrbüch. 1840 I S. 293 fg., Stahl Rechtsphiloſophie Bd. II (3. Aufl.) S. 293—300, Savigny Syſtem I §. 52—59 u. insbeſ. den vortrefflichen Aufſatz von Sintenis Bemerkungen über Rechtsſyſteme, beſonders die in der neueſten Zeit einander entgegengeſtellten, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd XIX (1844) Nr. II S. 44—72.

Vielheit von Rechtsverhältnissen und Rechtsregeln, diesen organischen Complex von Rechtsbeziehungen und Rechtssätzen, nennt man Rechtsinstitut[4]. Das System des Rechts ist ein System der Rechtsinstitute[5].

Das System des Privatrechts ist den bisherigen Ausführungen zufolge ein System der Privatrechtsinstitute. Die große Anzahl der Privatrechtsinstitute sondert sich in zwei Hauptgruppen. Die Person kann als Privatperson in Vermögensverhältnissen und in Familienverhältnissen stehen; alle Privatrechtsverhältnisse in ihrer großen Mannigfaltigkeit gehören unter die eine oder die andere dieser beiden Hauptkategorien. Entsprechend dieser Hauptunterscheidung der Privatrechtsverhältnisse und der durch sie bestimmten Rechtssätze zerfällt das Privatrecht in die zwei großen Classen Vermögensrecht und Familienrecht[6].

Der Mensch steht mit einer großen Menge von Bedürfnissen inmitten der unfreien unpersönlichen Natur, darauf angewiesen durch Unterwerfung derselben seine Bedürfnisse zu befriedigen. Die Unterwerfung der Natur geschieht nicht im Ganzen und Großen; es sind nur räumlich abgegrenzte Stücke und Theile derselben, welche zur

---

4) Über den Begriff des Rechtsinstituts herrscht unter den Schriftstellern Uneinigkeit. Manche wollen im Rechtsinstitut nur die Einheit einer Vielheit von Rechtssätzen sehen (so z. B. Puchta Institut. I §. 6, Sintenis in der angef. Abh. S. 57. 58, Bluhme Encyclopädie I §. 10, Thöl Einleit. §. 42) und stellen wohl auch das Rechtsinstitut dem Rechtsverhältniß als das jus dem factum gegenüber (so z. B. Beseler System I §. 5 a. E.). Andere wieder wollen im Rechtsinstitut nur die Einheit einer Vielheit von Rechtsverhältnissen sehen (so z. B. Böcking Pandekt. I § 29 Note 1, Ahrens Juristi. Encyclop. S. 48. 49). Beides scheint unrichtig zu sein und aus einem Mangel gehöriger Unterscheidung zwischen dem Rechtsverhältniß in abstracto und in concreto hervorzugehen. Jeder Rechtssatz normirt ein Rechtsverhältniß in abstracto; in so fern ist jedes System von Rechtssätzen auch ein System von Rechtsverhältnissen und die organische Einheit beider ist das Rechtsinstitut (vgl. Savigny System I §. 5, Stahl II S. 293. 294). So z. B. ist das Rechtsinstitut der Erbverträge die Einheit der Rechtssätze, welche die aus einem Erbvertrag möglicherweise entstehenden Rechtsverhältnisse in abstracto normiren. Insofern nun jedes Rechtsverhältniß in concreto eine Verwirklichung des Rechtsverhältnisses in abstracto ist, kann man allerdings sagen, jedes Rechtsverhältniß (in concreto) stehe unter einem Rechtsinstitut als seinem Typus (Savigny §. 5, Thöl Einleit. §. 44).

5) Vgl. insbes. Savigny System I §. 52. 53, Sintenis in der angef. Abhandl. S. 57.

6) Vgl. insbes. Savigny System I §. 52—59.

Befriedigung menschlicher Bedürfnisse theils durch Verbrauch und Zerstörung theils durch Gebrauch und Bearbeitung verwendet werden können. Solche räumlich abgegrenzte Stücke der äußern unfreien Natur, welche der physischen Herrschaft des Menschen unterwerfbar sind, heißen Sachen[7]. Das Verhältniß, in welchem der Mensch zu der von ihm beherrschten Sache steht, ist zunächst ein rein natürliches physisches Gewaltsverhältniß. Dieses Verhältniß wird erst dadurch zu einem in das Rechtsgebiet gehörigen, zu einem Rechtsverhältniß, daß dritte Personen verpflichtet sind das unmittelbare Gewaltsverhältniß, in welchem eine bestimmte Person zu einer Sache steht, zu respectiren und sich einer Störung dieses Verhältnisses zu enthalten. Das Verhältniß, in welchem die einzelne Person unmittelbar zu einer Sache und mittelbar durch die Sache zu dritten Personen steht, kann seinem Inhalt nach ein mannigfach verschiedenes sein; entsprechend dieser Verschiedenheit der Verhältnisse sind auch die betreffenden Rechtssätze verschiedenen Inhalts. Die Gesammtheit dieser Rechtsverhältnisse und Rechtssätze macht das Sachenrecht aus[8]; das Sachenrecht ist demnach die Gesammtheit der Rechtsinstitute, welche sich auf Sachen beziehen[9].

Die Sachen sind dazu bestimmt dem Menschen zu dienen, von ihm beherrscht zu werden; diese Unterwerfung der Sachen erfordert menschliche Kraftanstrengung. Da nun einerseits die Zahl der Sachen eine beschränkte ist, andererseits die Kräfte des Einzelnen oft nicht hinreichen, um sich die zur Befriedigung seiner Bedürfnisse erforderlichen Sachen zu unterwerfen, so wird einerseits eine Ausgleichung erforderlich, d. h. Sachen, die der Eine hat aber nicht braucht, der Andere braucht aber nicht hat, werden von dem Einen auf den Andern übergehen; andererseits wird sich der Einzelne die Kräfte Ande-

---

7) Savigny I S. 338.

8) Savigny I S. 367—369.

9) Das Sachenrecht ist demnach nicht aufzufassen als der Inbegriff der Rechte an Sachen, sondern als die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse und Rechtssätze, welche sich auf Sachen beziehen. Nur bei dieser Auffassung ist es möglich für den Besitz die richtige Stellung an der Spitze des Sachenrechts zu gewinnen, da der Besitz zwar ein rechtlich geschütztes Verhältniß der Person zur Sache, nicht aber ein Recht an der Sache, ein auf der Sache haftendes Recht ist; vgl. insbes. Schröter a. a. O. S. 295. 296.

rer zu unterwerfen suchen, um mit ihnen vereint die sich ihm entgegenstellenden Hindernisse zu überwinden. Auf diese Weise kommt ein Verkehr der Güter und Kräfte zu Stande; die einzelne Person tritt zu anderen bestimmten einzelnen Personen in Verkehrsverhältnisse[10], in bestimmte Beziehungen, welche darin bestehen, daß die eine Person der anderen eine Leistung zu verrichten schuldig ist, daß der Eine über die Causalität des Anderen in gewisser Beziehung verfügen kann. Die Verhältnisse dieser Art nennt man Forderungsverhältnisse; die Gesammtheit der sich hierauf beziehenden Rechtsinstitute ist das Forderungsrecht[14] (Obligationenrecht).

In dem geschilderten Verhältniß erscheint die Person als Einzelne, ihr Wille als abstracter Einzelwille. Sie erweitert in der angegebenen Weise den Umkreis ihrer Macht und herrscht in diesem Gebiet mit freier Willkür. Die Gesammtheit dieser die Macht der einzelnen Person erweiternden Verhältnisse heißt eben daher Vermögen[12], die Gesammtheit der auf das Vermögen sich beziehenden Rechtsinstitute Vermögensrecht. Auf diesem Gebiet besteht die Aufgabe des Rechts in der Regel nicht bloß darin, die Entstehungs- und Auflösungsform der betreffenden Verhältnisse zu regeln, sondern das Recht normirt auch den Stoff und Inhalt dieser Verhältnisse, aus welchen Befugnisse entstehen, welche durchaus der Sphäre des Rechts angehören[13]. —

Der Mensch führt nicht bloß ein abstractes Einzeldasein; er ist zugleich Glied eines organischen Ganzen. Als Glied dieses Organismus erscheint er als ein unvollständiges Wesen, das der Ergänzung bedarf. Diese Unvollständigkeit des Einzelnen zeigt sich auf

---

10) Vgl. Puchta Instit. II S. 395. 396.

11) Vgl. Savigny I S. 338—340. S. 369—375.

12) Vgl. insbesondere Savigny I S. 339. 340. S. 375 fg. und Note b auf S. 340.

13) Rechtsverhältniß ist jedes Verhältniß, welches Gegenstand rechtlicher Normirung ist. Diese rechtliche Normirung kann in manchen Fällen bloß die Entstehung und die Endigung, in manchen Fällen überdieß den Inhalt des fraglichen Verhältnisses betreffen. Man pflegt häufig nur jenes Verhältniß als ein Rechtsverhältniß anzusehen, dessen Inhalt durch das Recht bestimmt wird und aus welchem Befugnisse und gegenseitige Ansprüche hervorgehen. Allein mit Unrecht, da alle Verhältnisse, welche juristisch bestimmt und juristisch wirksam sind, ins Rechtsgebiet gehören, mithin Rechtsverhältnisse sind.

jenem Gebiet, welches in die Sphäre des Privatrechts gehört, einerseits in der Trennung der Geschlechter, also in der Art des Einzeldaseins, andererseits in der zeitlichen Beschränkung des Daseins, also in der Dauer des Einzeldaseins. Um beiden Unvollständigkeiten abzuhelfen, tritt der Mensch mit anderen Menschen in eine dauernde Lebensbeziehung. Er ergänzt den Mangel, der aus der Trennung der Geschlechter herrührt in der Ehe, erzeugt Kinder in derselben, welche sein Dasein fortzusetzen bestimmt sind, und steht mit allen näheren und entfernteren durch gleiche Abstammung verbundenen Gliedern in einem persönlichen Zusammenhang, in Verwandtschaft. Die Gesammtheit aller dieser Verhältnisse, in welchen der Einzelne zwar als Privatperson aber als Glied eines organischen Kreises steht, nennt man Familie[14]. Als eine künstliche Erweiterung der Familie erscheint die Vormundschaft[15]. Die Gesammtheit der auf die Familie sich beziehenden Rechtsinstitute ist das Familienrecht. — Diese Sphäre des Privatrechts unterscheidet sich in den wesentlichsten Beziehungen von der Sphäre des Vermögensrechts. Bei den Familienrechtsverhältnissen beschränkt sich nemlich die Aufgabe des Rechts darauf, die Formen der Eingehung und Auflösung dieser Verhältnisse zu bestimmen: der Inhalt und Stoff derselben gehört nicht der Sphäre des Rechts, sondern dem Gebiete der Natur und Sittlichkeit an. Deßhalb entspringen aus diesen Verhältnissen nicht so wie bei den Vermögensrechtsverhältnissen Rechte und Befugnisse, welche einzeln

---

14) Vgl. insbes. Savigny I §§. 54. 55 und Sintenis in der angef. Abh. S. 63 fg. 66 fg. 70. Man wollte und will öfters (z. B. neuerdings Böcking I §. 49 Note*) in der Verwandtschaft kein Rechtsverhältniß sehen. Allein mit Unrecht, da die Entstehung dieses Verhältnisses so wie die Arten desselben (Agnation, Cognation u. s. f.), die Gradberechnung u. a. m. durch Rechtsregeln normirt ist und dieses Verhältniß juristische Wirkungen hervorbringt, so z. B. ist die Verwandtschaft von Bedeutung für die Eingehung einer Ehe, für die Verpflichtung Alimente zu geben, für die Übernahme der Vormundschaft, für das Erbrecht und nimmt Einfluß auf das Proceßrecht (vgl. Savigny S. 354. 355, Sintenis S. 60). Würde etwa ein Rechtssatz bestimmen, daß der Freund dem Freunde Alimente zu geben habe und zu diesem Ende die Existenz und Auflösung dieses Verhältnisses an bestimmte Regeln binden, so wäre auch die Freundschaft ein Rechtsverhältniß, vgl. Note 13.

15) Darüber daß die Lehre von der Vormundschaft nicht mit Puchta ins Obligationenrecht, sondern ins Familienrecht zu stellen sei vgl. Savigny I S. 354. 356. 364, Sintenis S. 60. 64. 70. 74, vgl. auch meine Besprech. des sächs. Entwurfs S. 34—38.

präcisirt und durch gerichtliche Zwangsmittel geltend gemacht werden könnten[16]; das Recht beschränkt sich darauf, theils die rechtliche Existenz dieser Verhältnisse sicher zu stellen[17], theils die Mittel zu gewähren, um das äußerliche Bestehen mancher der fraglichen Verhältnisse zu garantiren[18]. — Obgleich die Familienverhältnisse nicht rein juristischer Natur sind, bringen sie doch viele Wirkungen auf dem Gebiete des Rechts (sowohl des materiellen und formellen Privatrechts als des Strafrechts) hervor. Insbesondere modificiren sie das Vermögensrecht in vielen wichtigen Beziehungen. Der Umstand, daß Jemand Gatte, Vater, Sohn u. s. f. ist, nimmt auf die rechtliche Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse einen wesentlichen Einfluß. Die Gesammtheit der an die Familienverhältnisse sich ansetzenden

---

16) Es ist unrichtig, wenn man öfters als den Inhalt der Familienverhältnisse die partielle Unterwerfung einer Person unter den Willen einer andern, die Herrschaft über die ganze Persönlichkeit einer andern Person angibt (so Puchta a. b. a. O.; vgl. dagegen Savigny I S. 348. 349, Böcking I §. 99; über den Widerspruch in Puchta's Pandekt. §§. 401. 402 f. Sintenis S. 50 Note 4); ebenso ist es unrichtig, wenn manche Schriftsteller (z. B. Fritz Erläuter. I S. 56) als den Inhalt des Familienrechts „eine dauernde Herrschaft über die Handlungen der unterworfenen Person" bezeichnen, so daß der Unterschied vom Obligationenrecht lediglich in der Verschiedenheit des Umfangs liegen soll (s. dagegen Savigny I S. 343. 344. 387). Ebenso ist es unrichtig, wenn manche österreichische Schriftsteller (z. B. Stubenrauch I S. 442) die Ansicht aufstellen, im Familienverhältniß sei die eine Person der andern „mit ihrer ganzen Causalität, mit der Causalität in ihrem ganzen Umfang unterworfen" und hierin das unterscheidende Kriterium vom Obligationenrecht sehen wollen; wäre diese Ansicht richtig, so könnte z. B. ein Ehegatte mit dritten Personen in gar kein Obligationsverhältniß mehr treten.

17) Die Klagen, welche aus diesen Verhältnissen entspringen, gehen daher auch nur darauf hinaus, die Existenz des fraglichen Verhältnisses sicher zu stellen, festzustellen, daß das fragliche Verhältniß wirklich existire. Diese Klagen sind daher praejudicia d. h. Klagen, die nicht eine condemnatio zur Folge haben, sondern nur den Ausspruch über die Existenz eines Rechtsverhältnisses. Gaj. IV §§. 44. 94. l. 1 §. 16 l. 3 §. 3. 4 de agnosc. et alend. (25, 3) l. 1 §. 4 D. de lib. exhib. (43, 30).

18) Die Klage, welche dem Ehemann und den Eltern eingeräumt ist die Gattin und die Kinder von dritten Personen zurückzufordern (interdictum de uxore exhibenda et ducenda, de liberis exhibendis et ducendis vgl. §§. 92. 145 a. b. G. B.) hat nur den Zweck, das concrete Bestehen dieser Verhältnisse zu realisiren, dafür zu sorgen, daß das äußere Zusammengehören dieser Personen verwirklicht werde: die innere Gestaltung dieser Verhältnisse bleibt dem Rechtsgebiet fremd. (Vgl. Sintenis S. 68. 69.) Daß die Frau den Stand und Rang des Mannes, die Kinder den Stand und Rang des Vaters theilen (§. 92 §. 146 a. b. G. B.), ist lediglich eine Darstellung dieser Verhältnisse nach außen hin.

eigenthümlichen Vermögensrechtsverhältnisse, der Inbegriff der unter den Familiengliedern bestehenden Vermögensrechtsinstitute ist das Familiengüterrecht (s. g. angewandtes Familienrecht)[19].

Für die Fortdauer des einzelnen Individuums über sein zeitlich begrenztes Dasein hinaus wird auf dem Rechtsgebiet dadurch gesorgt, daß dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit noch nach dem Tode als fortexistirend angenommen wird[20]. Diese Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit wird dadurch ermöglicht, daß gewisse Personen die Persönlichkeit des Verstorbenen in sich aufnehmen, daß sie die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen repräsentiren. Durch diese Repräsentation treten die betreffenden Personen in den Mittelpunkt des Vermögenskreises des Verstorbenen; das Vermögen desselben fällt mit seinem Tode nicht zusammen, es bleibt als Einheit und Gesammtheit fortbestehen und wechselt nur das Centrum. An dieses eigenthümliche Repräsentationsverhältniß setzen sich dann noch manche andere das Vermögen des Verstorbenen betreffende Verhältnisse an; die Gesammtheit dieser auf das Vermögen eines Verstorbenen sich beziehenden Rechtsinstitute ist das Erbrecht. Das Erbrecht gehört in so fern, als es das Vermögen betrifft, in die Kategorie des Vermögensrechts, insofern es aber das Vermögen eines Verstorbenen betrifft, unterscheidet es sich als successives Vermögensrecht vom gleichzeitigen (Sachen- und Obligationenrecht), eine Unterscheidung, welche tiefer darin begründet ist, daß beim Erbrecht das Vermögen als Einheit das Bleibende und Substantielle, die Personen das Wechselnde und Accidentelle sind, während beim Vermögensrecht unter Lebenden die einzelne Person das Substantielle ist, um welches herum Vermögensrechte sich ansetzen[21]. In der Aufstellung des Erbrechts liegt, wie Savigny treffend bemerkt, die Vollendung des Rechtsorganismus, welcher dadurch über die Lebensgrenze des Individuums hinaus erstreckt wird[22]: das Erbrecht bildet den Schlußstein im System des Privatrechts. —

19) Vgl. Savigny S. 380. Gegen den Ausdruck „angewandtes Familienrecht" hat sich mit Recht Böcking I §. 29 Note 7 erklärt.

20) Vgl. Savigny I §. 57.

21) Savigny I S. 384—386, Sintenis S. 74.

22) Wie Göschen Vorles. I S. 358 die Sache darstellt, erscheint das Erbrecht nur deßhalb als eine selbständige Partie, weil sich für die Unterbringung desselben anderweitig kein schicklicher Ort finden läßt.

Wesentlich verschieden von dem bisher aufgestellten System, welches dem vorliegenden Werke zu Grunde liegt, ist jenes, welches das österreichische Gesetzbuch aufstellt[23]. Die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches standen unter dem Einfluß der älteren naturrechtlichen Doctrin[24], welche von ihrem subjectiv-rationalistischen Standpunkt ausgehend Alles auf das einzelne Individuum als den Mittelpunkt zurückführte und im Recht nicht ein System der Ordnung der Lebensverhältnisse, sondern ein System der Freiheit der Einzelnen sah, und bauten daher ihr System des Privatrechts auf der Grundlage der einzelnen Privatrechte auf. Das österreichische Gesetzbuch zerfällt in drei Theile; diese drei Theile haben „das Personenrecht, das Sachenrecht und die denselben gemeinschaftlich zukommenden Bestimmungen zum Gegenstande" (§. 14 a. b. G. B.). Was unter den Ausdrücken „das Personenrecht", „das Sachenrecht" zu verstehen sei, lehrt eine auch nur flüchtige Betrachtung der folgenden Abschnitte. Gleich das 1. Hauptstück des I. Theils ist überschrieben „von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen" und der §. 15, welcher an der Spitze des ganzen Personenrechts steht, handelt von den Personenrechten und ihrer Eintheilung; dem entsprechend ist das 3. Hauptstück des I. Theiles überschrieben „von den Rechten zwischen Eltern und Kindern." Das ganze Personenrecht, wie es im österreichischen Gesetzbuche aufgefaßt und dargestellt wird, ist somit

---

23) Eine eingehendere Kritik der Systematik des österreichischen Gesetzbuchs hat Schwanert Zur Systematik des österr. Civilrechts (Magazin V S. 407—425. VI S. 195—208) gegeben; vgl. auch meine Besprechung des sächs. Entwurfs S. 8—40. Durch den Aufsatz von Pachmann Die §§. 14 und 15 des österr. allgem. bürgerl. Gesetzb. (Magazin VII S. 45—62), in welchem eine Menge von Scharfsinn aufgeboten wird, ohne dem Wesen der Sache auch nur um das Geringste näher zu kommen, ist die vorliegende Frage in keiner Weise gefördert worden. Harum's Versuch (Magazin VIII S. 402 fg.) „den Grundbau des Systems die oberste Eintheilung unseres bürgerl. Gesetzbuchs aus innern Gründen zu rechtfertigen" dürfte wohl nicht gelungen sein. Wenn Stubenrauch I S. 109 zugibt, daß das System des österr. Gesetzbuchs an wesentlichen Gebrechen leide und (S. 109. 110) „größere und mindere Unzukömmlichkeiten" desselben angibt und dann dennoch hinzufügt (S. 110), daß „der gerügten Mängel ungeachtet die Aneinanderreihung der einzelnen Materien (im bürgerl. Gesetzbuch) auf einem einfachen natürlichen Princip beruhe und für ein Gesetzbuch immerhin als genügend bezeichnet werden könne", so steht der Nachsatz mit dem Vordersatz in einem unvermittelten und wohl nicht zu vermittelnden Gegensatz.

24) Vgl. über dieselbe Stahl Rechtsphilos. II S. 296—299.

nicht die Gesammtheit der sich auf die Familie beziehenden Rechtsinstitute, sondern die Gesammtheit der Privatrechte, welche der einzelnen Person als solcher (1. Hptst.) oder als Familienglied (folgende Hptstcke) zustehen können. Das Vermögensrecht oder, wie es das österreichische Gesetzbuch nennt, das Sachenrecht ist nach der Darstellung desselben nicht die Gesammtheit der auf das Vermögen sich beziehenden Rechtsinstitute, sondern die Gesammtheit der Vermögensrechte im subjectiven Sinn, der dinglichen Rechte und der Forderungsrechte[25]. Daß der III. Theil endlich sich gleichfalls nur auf die Rechte im subjectiven Sinn beziehe, lehrt schon die Überschrift des III. Theils „von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte" und ergibt sich noch deutlicher aus der Überschrift und dem Inhalt der Hauptstücke dieses Theils[26].

Der obigen Ausführung zufolge kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das System, welches das bürgerliche Gesetzbuch aufstellt, die wahre Natur der Dinge geradezu verkehre. Die einzelnen Rechte, welche nur den Inhalt gewisser (nicht aller) Rechtsverhältnisse, eine Seite derselben ausmachen, werden zur Grundlage des ganzen Rechtsgebäudes gemacht und sämmtliche Bestimmungen gehen darauf hinaus, die Rechte, welche dem einzelnen Individuum zustehen können, anzugeben, die Art und Weise zu bestimmen, wie die subjectiven Rechte erworben, erhalten und verloren werden[27]. Daß eine solche Grundauffassung nicht bloß theoretisch verfehlt sei, sondern daß sie auch in praktischer Beziehung zu fehlerhaften Annahmen führen müsse,

---

25) Daher ist die erste Abtheilung des II. Theils überschrieben „von den dinglichen Rechten" und die zweite Abtheilung desselben „von den persönlichen Sachenrechten" und der an der Spitze des ganzen Obligationenrechts stehende §. 859 handelt vom „Grund der persönlichen Sachenrechte."

26) Das erste Hauptstück handelt „von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten"; das zweite „von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten"; das dritte „von der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten"; das vierte „von der Verjährung und Ersitzung" d. h. (vgl. westgaliz. Gesetzb. Thl. III Hauptst. 48) wie Rechte durch Ersitzung erworben und durch Verjährung verloren werden.

27) So ganz vermochte sich aber selbst die ältere Doctrin von der richtigen Anschauung nicht loszumachen; der Satz, daß die Rechtsverhältnisse das Bestimmende, die einzelnen Rechte nur das Bestimmte sind, besitzt eine solche Kraft der Wahrheit, daß er nicht gänzlich verkannt werden kann. Interessante Spuren dieser Auffassung finden sich in den §§. 15. 44. 187 a. b. G. B. wo vom Rechtsverhältniß ausgegangen und von ihm erst auf die subjectiven Rechte übergegangen wird.

leuchtet von selbst ein und soll in Folgendem nur in ganz kurzer Weise gezeigt werden. — Wenn man im Vermögensrecht (dem s. g. Sachenrecht) nichts anderes sieht als die Gesammtheit der Rechte an Sachen und auf Handlungen, dann hat man sich im vorhinein in Ansehung des Besitzes die Möglichkeit benommen, ihn vorurtheilsfrei und unbefangen aufzufassen. Wie man einmal im Recht ein System der Rechte, im Vermögensrecht die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Befugnisse sieht, dann bleibt in der That nichts anderes übrig, als auch den Besitz als ein Recht aufzufassen, da er sonst im System des Privatrechts gar nicht untergebracht werden könnte[28]. Da nun alles subjective Vermögensrecht entweder dingliches oder persönliches Recht ist, der Besitz aber sicher nicht als ein Recht gegen eine bestimmte Person auf eine Leistung aufgefaßt werden kann, so bleibt nichts übrig als in ihm ein dingliches Recht zu sehen[29] und dann hinterher wieder anzugeben, in welchen wesentlichen Merkmalen sich der Besitz von jedem andern Recht unterscheide, d. h. hinterdrein die Qualität des Besitzes als Recht im subjectiven Sinn doch wieder zu negiren[30]. In Übereinstimmung mit der ältern Doctrin[31] stellt denn auch das österreichische Gesetzbuch an der Spitze der Pentarchie der dinglichen Rechte den Besitz auf (§. 308)[32]. — Den Schluß des

---

28) Vgl. Note 9.

29) Manche ältere Schriftsteller, welche die gänzliche Unhaltbarkeit der Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts einsahen, suchten sich dadurch zu helfen, daß sie zu Gunsten des Besitzes, von dessen Auffassung als eines Rechts sie sich nicht losmachen konnten, eine eigene Classe von Rechten, verschieden sowohl vom persönlichen als dinglichen Recht, aufstellten; vgl. Glück Comment. II §. 475 a. E. §. 484.

30) Auch unsere neueren österreichischen Schriftsteller sehen es ein, daß der Besitz kein dingliches Recht sei. Interessant ist es nun zu sehen, wie sie mit dem Gesetzbuch, das den Besitz als dingliches Recht aufstellt, ihren Frieden zu machen suchen; so z. B. sagt Stubenrauch I S. 629: „Der Besitz ist streng genommen (?) nur ein thatsächliches Verhältniß, welches aber als solches mit gewissen Rechten verknüpft ist und in Folge dieser Auffassung (?) den dinglichen Rechten beigezählt werden kann (?)."

31) S. hierüber das Nähere unter §. 64.

32) Sieht man einmal den Besitz als ein Recht an, so entsteht sofort die Frage, was denn als Inhalt dieses Rechts anzusehen sei? Daß die possessorischen Klagen nicht dafür angesehen werden können leuchtet von selbst ein, da die Klagen nur Schutzmittel des Rechts sind. Was soll also als der Inhalt dieses angeblichen Rechts angesehen werden? In Ansehung des redlichen Besitzes liegt die Versuchung nahe, den Inhalt des Eigenthumsrechts als Inhalt des angeblichen

Reigens der dinglichen Rechte bildet im österreichischen Gesetzbuch in Übereinstimmung mit der älteren Doctrin das Erbrecht. Die Auffassung des Erbrechts als einer Species der dinglichen Rechte (§. 308 §. 532 a. b. G. B.) und die Anreihung desselben an das Eigenthum, das Pfandrecht und die Servituten ist nur dann möglich, wenn der Begriff der Dinglichkeit eines Rechts nicht scharf festgehalten, sondern gelegentlich mit einem andern ganz verschiedenen Begriff (dem der Absolutheit des Rechts) verwechselt wird: eine Verwechselung, welche das österreichische Gesetzbuch trotz der Begriffsbestimmung des §. 307 zu wiederholten Malen begeht (vgl. weiter unten §. 61). Die Stellung des Erbrechts am Ende des s. g. dinglichen Sachenrechts und vor dem Obligationenrecht, — eine Stellung, die schon aus dem Grunde ganz unpassend ist, weil in der Erbschaft auch Obligationen, ja möglicherweise nur Obligationen enthalten sein können[33] — erklärt sich aus dem Bestreben der Nachahmung des römischen Institutionensystems[34]. In Übereinstimmung mit der Auffassung des Rechtssystems als eines Systems der Rechte und in Nachahmung des römischen Institutionensystems stellt das österreichische Gesetzbuch an der Spitze der ganzen Lehre vom Erbrecht den Begriff des Erbrechts im subjectiven Sinn als der Erwerbung aller einzelnen das Vermögen ausmachenden Rechte (acquisitio per universitatem

---

Rechts der bonae fidei possessio anzusehen und dieser Versuchung sind [mit älteren Schriftstellern (vgl. hierüber Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 11—19) und neueren (z. B. Tigerström Die bonae fidei possessio 1836 S. 46 fg. 104 fg.) auch die Verfasser des bürgerl. Gesetzbuchs nicht im Stande gewesen zu widerstehen, vgl. die Marginalrubrik zu dem §. 329 fg. („Rechte des redlichen Besitzes"). Dieser Auffassung verdankt insbesondere der §. 329 a. b. G. B. seine wenig erfreuliche Existenz; ein Paragraph, der unter unsern Schriftstellern Streit darüber hervorgerufen hat, ob die in ihm dem redlichen Besitzer „in Rücksicht der Substanz der Sache" eingeräumten Befugnisse wahre civilrechtliche Befugnisse seien, oder ob sie nur in vulgärer Weise als solche dargestellt werden. Daß letztere Ansicht die richtige sei, daß mit der Bestimmung dieses Paragraphs nur gesagt sein könne, der redliche Besitzer könne quia rem suam neglexit nicht zum Ersatz des Schadens verhalten werden, kann um so weniger einem gegründeten Zweifel unterworfen sein (vgl. Ihering Abhandl. aus dem röm. Recht 1844 S. 97), als jene angeblichen Befugnisse dem unredlichen Besitzer nicht zustehen, die bona oder mala fides aber nur auf den Erwerb eines Rechts und auf den Umfang der Verpflichtung, nicht aber auf den Inhalt eines Rechts Einfluß haben kann.

33) Vgl. Savigny System I S. 384 Note c.

34) Böcking Pandekt. I Anhang S. * 26.

§. 531. 532 a. b. G. B.) auf und definirt das Erbrecht von einem übertrieben subjectiven Standpunkt aus als das Recht einen Nachlaß in Besitz zu nehmen (§. 532)[35]: eine Definition, welche consequent zur Annahme führen müßte, daß der Erbe, der die Erbschaft in Besitz genommen hat, aufhöre Erbe zu sein, da hiermit der angegebene Inhalt seines Rechts erschöpft ist. — Was das Personenrecht anbelangt, so haben die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs mit demselben offenbar etwas Ähnliches zu geben vermeint, wie (nach ihrer Ansicht) das erste Buch der römischen Institutionen enthält. Über den Inhalt dieses ersten Buches der Institutionen herrscht bekanntlich seit jeher eine große Verschiedenheit der Ansichten[36]. Manche Schriftsteller wollten das s. g. Personenrecht der Institutionen als die Lehre von den status d. h. (wie sie dieß verstanden) von den wichtigsten Zuständen und Eigenschaften der Personen als Rechtssubjecte und von den Familienverhältnissen auffassen[37]. Dieser Ansicht haben sich die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs angeschlossen. Nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch ist das Personenrecht die Lehre von den Zuständen und Eigenschaften der Personen und von den Familienverhältnissen (§. 15) Dieß ist aber in der That „ein zweifacher durch keinen gemeinsamen Begriff verbundener Inhalt." In rein äußerlicher Weise sucht das österreichische Gesetzbuch diesen zusammenhangslosen Inhalt durch den die Basis seines Systems ausmachenden Begriff des subjectiven Rechts zu verbinden, indem es die Personenrechte als jene Rechte definirt, welche entweder aus persönlichen Eigenschaften und Zuständen oder aus Familienverhältnissen entspringen (§. 15 a. b. G. B.). Diese Behandlungsweise ist jedoch eine durchaus unrichtige und unhaltbare. Aus den persönlichen Eigenschaften und Zuständen der Personen entspringen gar keine Rechte im subjectiven Sinn; diese Zustände bewirken nur Modificationen der Rechts- und

---

35) Das österreichische Gesetzbuch verwechselt, wie dieß früher häufig geschah, das jus succedendi mit dem jus successionis; vgl. Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts (1837) I S. 17 fg.

36) Vgl. hierüber Puchta Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme (Rheinisches Museum 1829 Nr. IV; jetzt auch in Puchta's Kleine civilistische Schriften Nr. XIII), Savigny System I §. 59 S. 397—404, insbesondere aber Böcking I Anhang S. * 22 fg., dessen Auffassung und Darstellung wohl sicher die richtige ist.

37) Savigny I S. 398 Note q.

Handlungsfähigkeit, d. h. sie haben nur auf die Möglichkeit Rechte zu haben und zu erwerben Einfluß. Der Umstand, daß Jemand z. B. Jude ist, modificirt seine Rechtsfähigkeit (§. 39 a. b. G. B.): was sollen das aber für Rechte sein, welche aus der persönlichen Qualität Jemandes als Jude hervorgehen? Der Umstand, daß Jemand minderjährig, wahnsinnig ist u. s. f., modificirt seine Handlungsfähigkeit (§. 21 a. b. G. B.): es lassen sich aber durchaus keine subjectiven Rechte und Befugnisse (s. g. Personenrechte) angeben, welche aus jener Qualität hervorgehen; es gibt keine „Personenrechte aus der Eigenschaft des Alters oder mangelnden Verstandesgebrauchs", wie die Marginalrubrik zu §. 21 fg. annimmt. Oder ist der Umstand, daß Jemand, der eine gewisse Zeit lang verschollen ist, als todt erklärt werden kann, etwa ein Personenrecht, ein privatrechtliches Befugniß des Verschollenen[38]? Das bürgerliche Gesetzbuch gebraucht in demselben Satz des §. 15 in nicht zu billigender Weise den Begriff des Personenrechts in einem doppelten Sinn: einmal im objectiven Sinn als das jus quod pertinet ad personas als Inbegriff der Rechtssätze über Personen, deren rechtliche Stellung, deren Rechts- und Handlungsfähigkeit; das anderemal im subjectiven Sinn als jus personarum (Familienrecht) als die Gesammtheit der Rechte und Befugnisse, welche der Person in gewissen Familienverhältnissen zustehen können[39]. Aus dem Personenrecht im erstern Sinn dem jus

38) Das bürgerl. Gesetzb. spricht freilich selbst in diesem Fall von „Personenrechten aus dem Verhältnisse der Abwesenheit", Marginalrubrik zu §. 24; ja es spricht sogar von „Personenrechten aus dem Verhältnisse einer moralischen Person", Marginalrubrik zu §. 26. — Auch Stubenrauch (I S. 111. 113 Nr. 3) fühlt daß die s. g. Personenrechte des 1. Hauptstücks in der That gar keine Rechte und Befugnisse sind und meint „es reduciren sich dieselben „eigentlich" auf den Begriff der Persönlichkeit und auf Modificationen der Rechtsfähigkeit." Wie er dabei dennoch sagen kann (S. 112 Ziff. 2) „die Eintheilung der Personenrechte in solche, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen und in solche, welche sich in den Familienverhältnissen gründen, lasse sich immerhin rechtfertigen" ist schwer begreiflich und ist auch von Stubenrauch diese „immerhine Rechtfertigung" nicht geführt worden.

39) Auffallender Weise findet sich selbst heutzutage bei manchen Schriftstellern über diese doppelte Bedeutung des Personenrechts als jus quod pertinet ad personas und als jus personarum (Familienrecht) keine klare Anschauung. So z. B. theilt ganz neuerlich Ahrens Jurist. Encyclop. S. 137. 138 das Privatrecht in allgemeines Personenrecht, Vermögensrecht und Familienrecht ein. Das allgemeine Personenrecht soll jenes sein, „welches die auf die allgemeinen persönlichen Verhältnisse und auf die hauptsächlichsten Arten der Personen im Allgemei-

quod pertinet ad personas gehen gar keine einzelnen Rechte und Befugnisse hervor; die gewöhnlich angenommenen s. g. absoluten Personenrechte existiren in der That gar nicht (vgl. die 4. Abtheilung §. 60): es fehlt solchen angeblichen Rechten sowohl an Gegenstand als an Inhalt. Die Annahme s. g. relativer (reiner) Personenrechte aber, d. h. von (reinen) Personenrechten, welche aus den Familienverhältnissen hervorgehen sollen, führt leicht zu dem gefährlichen Irrthum, den Inhalt der Familienverhältnisse als einen dem Rechtsgebiet angehörigen anzusehen und nunmehr eine weitläufige Reihe von Befugnissen anzugeben, welche dem Einzelnen als Gatten, Vater, u. s. f. zustehen sollen[40]. Die drei letzten Hauptstücke des I. Theils des bürgerlichen Gesetzbuchs stellen das jus personarum das Familienrecht dar und zwar zum großen Theil auch den Einfluß, welchen die Familienverhältnisse auf das Vermögen haben (s. g. angewandtes Familienrecht, s. g. angewandtes Personenrecht, Familiengüterrecht); den Einfluß der Ehe auf das Vermögen jedoch stellt das bürgerliche Gesetzbuch zum großen Theil (denn vgl. §. 91. §. 121 a. b. G. B.) aus einem rein äußerlichen Grund in einer durchaus nicht zu billigenden Weise mitten in dem Obligationenrecht dar[41]. — Der III. Theil

---

nen sich beziehenden Rechte entwickelt." Solche Rechte gibt es aber gar nicht: es gibt nur Rechtssätze, welche die privatrechtliche Stellung der Personen, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit normiren. Wenn Ahrens Note 1 hierzu bemerkt „Alles Recht ist Personenrecht und man kann daher das Recht nicht eintheilen in Personenrecht und Sachenrecht, sondern nur in allgemeines Personenrecht und in das besondere immer Personen zustehende Vermögensrecht", so ist diese Bemerkung ebenso alt (vgl. Koestner de defectibus juris communis probl. 7 und Kreittmeyer Anmerk. II. S. 400) als falsch, da hierbei eine Verwechslung des Eintheilungsgrundes mit unterläuft. — Ebenso wirft Bluhme Encyclop. I §. 15 die verschiedensten Bedeutungen des Personen- und Sachenrechts untereinander. Auf dem unrichtigen Standpunkt steht auch noch Heimbach im R. L. IX S. 158—160.

40) So z. B. gibt das österr. Gesetzbuch in den §§. 89 fg. „die Personenrechte der Ehegatten" an und führt eine lange Reihe derselben auf, wie z. B. die Verpflichtung zur Leistung der s. g. ehelichen Pflicht, zur Bewahrung der ehelichen Treue, zur anständigen Begegnung, zu gegenseitigem persönlichem Beistand u. s. f. Als ob in diesen Fällen von Recht und Befugniß im technischen Sinn die Rede sein könnte! als ob man auf anständige Begegnung klagen, wegen Verweigerung der schuldigen Achtung und Liebe vor den Civilgerichten Hilfe suchen könnte u. s. f. Solche Bestimmungen gehören gleich denen der §§. 139 fg. und 144 über die Ehrfurcht und den Gehorsam, welchen die Kinder den Eltern schuldig sind, in das Gebiet der Ethik. —

41) II. Thl 8. Hptstck. Der Grund zu dieser Darstellung des ehelichen Güterrechts mitten im Obligationenrecht ist der an sich ganz indifferente Umstand, daß die Ehegatten ihre concreten Vermögensverhältnisse während und nach der Ehe häufig

des bürgerlichen Gesetzbuchs endlich enthält, wie eine auch nur ganz flüchtige Betrachtung zeigt, Bestimmungen, welche lediglich das Vermögensrecht betreffen, sowohl das gleichzeitige als das successive und das unter dem Einfluß der Familienverhältnisse stehende; Bestimmungen,

---

durch Ehepacten zu bestimmen pflegen §. 89 a. b. G. B. (Aus einem ähnlichen ganz äußerlichen Grund und aus Mangel gehöriger Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Verträgen stellt das bürgerliche Gesetzbuch das Nutzungseigenthum mitten im Obligationenrecht dar §. 1122 fg.) In diesem Hauptstück „von den Ehepacten" werden aber nicht nur zugleich die dinglichen Rechte des Ehemanns am Heirathsgut (§. 1227 a. b. G. B.) dargestellt, sondern auch die Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten für den Fall geregelt, als keine Ehepacten vorhanden sind (§. 1287 fg. a. b. G. B.), die Verpflichtung der Eltern zur Ausstattung der Kinder normirt (§. 1219 fg. a. b. G. B.) und gesetzliche Verfügungen über wechselseitige Testamente, Erbverträge und Einkindschaft (§. 1248 fg. a. b. G. B.) gegeben. — Harum (Magaz. VIII S. 407 fg.) hat aus innern Gründen erklären zu können geglaubt, warum gerade die im I. Thl enthaltenen „eigentlich den Sachenrechten angehörigen Rechte ausgeschieden und den Personenrechten gleich gehalten (?) wurden und warum gerade nur diese." Der fragliche Beweis, der sich wohl überhaupt nicht herstellen lassen dürfte, ist von Harum durchaus nicht erbracht worden. Was dieser Schriftsteller S. 407. 408 ausführt, beruht auf einem Mangel an Klarheit über die Begriffe „Inhalt, materieller Inhalt, Gegenstand, Erfüllung des Rechts", welche in bunter Reihe neben einander gebraucht werden. Harum's Motivirung der Ausschließung der nicht in den I. Thl des Gesetzbuchs aufgenommenen Parthien des Familiengüterrechts ist ebenso willkürlich als diese selbst und als Harum's Grenzbestimmung des s. g. angewandten Personenrechts. Harum meint, daß es sich bei den in den I. Thl des Gesetzbuchs aufgenommenen allein (?) so zu nennenden angewandten Personenrechten um eine stete Beziehung „auf Stand und Vermögen handle, welche sich stets und daher mit ihnen der materielle Inhalt (?) dieser Rechte ändern könne, daher diese Rechte innigst mit den Verhältnissen der Person des Verpflichteten zusammenhängen und als Gegenstand (?) des Rechts daher die vermögensrechtliche Persönlichkeit im Ganzen (?!) während der Dauer des betreffenden Verhältnisses erscheine; diese Rechte charakterisiren sich durch das Merkmal dauernder Abhängigkeit vom persönlichen Verhältniß." Wie verkehrt diese Rechtfertigung sei, lehrt die einfache Erwägung, daß einerseits die erwähnten Umstände bloß auf den jeweiligen Umfang der Verpflichtung, auf die Quantität der schuldigen Leistung Beziehung haben und daß andererseits eine solche „dauernde Abhängigkeit von persönlichen Verhältnissen" auch noch bei ganz anderen als den in den I. Theil des Gesetzbuchs aufgenommenen Rechten vorkommen kann; so z. B. in einem Vertrag, in welchem der A dem B verspricht, diesem jährlich nach seinen (des A) Vermögensumständen eine Unterstützung zu Theil werden zu lassen, vgl. ferner §. 904 a. b. G. B.; ja kann nicht selbst ein Heirathsgut von Eltern ihren Kindern in der Art ausgesetzt werden, daß sie ihnen jährlich einen ihren jeweiligen Vermögensverhältnissen angemessenen Beitrag zu geben versprechen? Und umgekehrt, trägt etwa die in den I. Theil aufgenommene Bestimmung des §. 121 a. b. G. B. über die vermögensrechtlichen Nachtheile der zu frühen Wiederverheirathung den von Harum angegebenen Charakter an sich? —

welche die (reinen) Personenrechte betrafen, kommen darin gar nicht vor und es ist wohl auch noch Niemanden eingefallen, auf jene Überschrift und Eintheilung des bürgerlichen Gesetzbuchs hin zu fragen, ob und wie die religiöse Qualität eines Menschen durch Pfand, die eheliche Treue durch Bürgschaft sichergestellt werden könne u. ähnl. m. Von den vier Hauptstücken des letzten Theils beziehen sich überdieß die ersten drei lediglich auf das Obligationenrecht; das letzte Hauptstück behandelt in einer früher allgemein üblichen, aber durchaus verwerflichen und deßhalb heutzutage ebenso allgemein aufgegebenen Weise die zwei wesentlich verschiedenen Institute der Ersitzung und Verjährung in einem gemeinsamen Abschnitt. Der ganze III. Theil des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs ist nur aus dem formellen Bestreben hervorgegangen, die trichotomische Eintheilung, welche nach dem Vorbilde der Institutionen das unvermeidliche Erforderniß einer guten Systematik zu bilden schien, zu retten[42]. Die Lehre von den actiones, welche sich in dem letzten Buch der römischen Institutionen findet, konnte als in das Proceßrecht gehörig nicht aufgenommen werden; die Abtheilung des Vermögensrechts in zwei selbständige Theile (dingliche Rechte und Obligationenrecht), wie sie sich im westgalizischen Gesetzbuch findet, wurde wohl deßhalb aufgegeben, weil man der an sich richtigen Ansicht[43] huldigte, daß in den römischen Institutionen die Obligationen zum zweiten Theile zu den res gehören; und so nahm man denn dazu seine Hilfe in unorganischer principienloser Weise etliche Parthien als selbständigen Theil auszuscheiden[44] und ihnen zur Befriedigung des architektonischen Bedürfnisses eine eigene Überschrift zu geben[45].

---

42) Über diese Bedeutung, welche in früherer Zeit der Trichotomie beigelegt wurde, vgl. Löher Das System des preuß. Landrechts (1852) §. 4 S. 12—16.

43) Vgl. hierüber Savigny I S. 404—404.

44) In ähnlicher Weise hatte man in Preußen bei den früheren Entwürfen des Systems des Landrechts als dritten Theil „die Rechte und Verbindlichkeiten, welche sowohl Sachen als Personen gemein sind" ausscheiden wollen. Man kam jedoch bald wieder hiervon zurück, da man sich überzeugte, daß dieß nicht möglich sei „ohne die Materien zu zerreißen und den Vortrag entweder unvollständig oder durch beständige Beziehungen auf das, was noch erst folgen sollte, dunkel zu machen"; vgl. Simon Bericht über die scientifische Redaction der Materialien der preuß. Gesetzgebung in Mathes' Allg. juristische Monatsschrift XI S. 206 und Löher a. a. O. S. 14. 15.

45) Das System des bürgerlichen Gesetzbuchs stellt sich somit, auf die früher

Bevor an die Darstellung der besonderen Theile, welche das Privatrecht ausmachen, gegangen werden kann, sind gewisse allgemeine Lehren mitzutheilen, welche sich auf das allen oder doch einer überwiegenden Anzahl von Rechtsverhältnissen Gemeinsame beziehen[46]. Diese allgemeinen Lehren bilden die geistige Atmosphäre, in welcher sich die einzelnen Rechtsinstitute bewegen; ihre Darstellung ist die Vorbereitung zur Kenntniß der Eigenthümlichkeit der besonderen Rechtserscheinungen. Das Gemeinsame besteht in Folgendem: 1) Jedes Rechtsverhältniß besteht in der durch eine Rechtsregel normirten Beziehung von Personen zu einander; in jedem Rechtsverhältniß stehen Personen: sie sind es, um derentwillen das Recht vorhanden ist[47]. 2) Die Grundlage des gesammten Vermögensrechts, sowohl des gleichzeitigen als des successiven und des unter dem Einfluß der Familienverhältnisse stehenden, bilden die Sachen, da auch die Obligationen nur in so fern ein juristisches Interesse haben, als sie sich auf einen Sachwerth zurückführen lassen und die schuldige Leistung erforderlichenfalls durch eine Sachleistung vertreten werden kann[48]. 3) Den Inhalt einer überwiegenden Anzahl von Rechtsverhältnissen und Rechtssätzen bilden die Rechte im subjectiven Sinn, deren Charakter, Inhalt, Gegenstand und Umfang mit den sich daran anschließenden Verschiedenheiten gekannt sein muß, bevor an die Dar-

---

gegebenen Begriffe zurückgeführt, folgendermaßen dar. Das 1. Hauptst. des I. Thls enthält das jus quod pertinet ad personas, die folgenden drei Hauptstücke das jus personarum, das Familienrecht und zwar sowohl das reine Familienrecht als das s. g. angewandte Familienrecht mit Ausschluß des ehelichen Güterrechts. Der II. und III. Theil enthalten zusammen das Vermögensrecht und zwar gibt die Einleitung in den II. Theil (§. 285—308 a. b. G. B.) das jus quod pertinet ad res; worauf das jus rerum folgt; in diesem II. und III. Theil ist sowohl das gleichzeitige Vermögensrecht (II. Thl 1. Abthlg, mit Ausnahme des 8—15. Hauptstücks, II. Thl 2. Abthlg und III. Thl.) als das successive (II. Thl 1. Abthlg 8—15. Hauptstück) dargestellt; überdieß enthält der II. Thl im 28. Hauptstück noch das eheliche Güterrecht.

46) Über die Nothwendigkeit der Aufstellung eines allgemeinen Theils vgl. Savigny I S. 389—393, Puchta Institut. II §. 189.

47) l. 2 D. de statu hom. (1, 5) Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit primo de personarum statu — dicemus. §. 12 I. de jure nat. (1, 2) Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personae quarum causa constitutum est ignorentur.

48) l. 9 §. 2 D. de statu lib. (40, 7) — Ea in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt.

stellung der einzelnen Rechtsinstitute gegangen werden kann. 4) Bei allen Verhältnissen, welche in das Gebiet des Rechts gehören, ist es die gemeinsame wichtige Frage, wie sie *entstehen und endigen*: die Entstehungs- und Endigungsarten der Rechtsverhältnisse haben Vieles gemeinsam, was in einem allgemeinen Theil vorangeschickt eine Wiederholung dieser Stücke bei jedem einzelnen Rechtsinstitut überflüssig macht und hierdurch die eigenthümliche Entstehungs- und Endigungsart gewisser Rechtsverhältnisse in ein um so schärferes Licht treten läßt. Endlich 5) kann jedes Rechtsverhältniß gestört und verletzt werden: ihnen allen gemeinsam ist der *Schutz*, welchen ihnen das Recht angedeihen läßt. — Hiernach sind im *allgemeinen Theil* noch folgende Lehren darzustellen: 1) die *Lehre von den Personen*; 2) die Lehre *von den Sachen*; 3) die Lehre *vom subjectiven Recht*; 4) die Lehre *von der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse*; 5) die Lehre *vom Schutz der Rechtsverhältnisse*.

Zweite Abtheilung.

Von den Personen.

Einleitung.

§. 25. Alles Recht im subjectiven Sinn besteht in der durch das objective Recht anerkannten Herrschaft des individuellen Willens. Um Rechte haben zu können, um Subject von Rechten d. h. Person sein zu können, wird somit ein Zweifaches vorausgesetzt[1]: 1) daß ein individueller Wille d. h. daß ein willensfähiges Wesen vorhanden sei; 2) daß dieses willensfähige Wesen als solches auch vom objectiven Recht anerkannt werde. Was den ersten Punkt anbelangt, so ist nur der einzelne Mensch ein willensfähiges Wesen; aber auch jeder einzelne Mensch ist willensfähig, d. h. jeder einzelne Mensch ist als willensfähiges Wesen fähig Subject von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. Damit er dieß aber auch wirklich sei, muß seine Fähigkeit hierzu allgemein anerkannt werden[2], d. h. es muß eine objective Norm vorhanden sein, welche dem Menschen die Möglichkeit in Rechtsverhältnissen zu stehen zuerkennt, welche ihn als *rechtsfähig*[3] als *Person* anerkennt. Insofern und insoweit es

1) Vgl. *Savigny* II §. 60, *Puchta* Institut. II § 240, *Böcking* I. §. 80.

2) Dieses Erforderniß wird ohne allen Grund bestritten von *Wildner-Maithstein* in seinem bedeutungslosen Aufsatz „Über die Begriffe von Person und Rechtssubject" im Jurist N. F. Bd I (1843) S. 156—159, worin *Wildner* sich als einen „Bekenner des Urgesetzes der Menschheit" zu erkennen gibt.

3) Die *Rechtsfähigkeit* besteht demnach in der Fähigkeit in *Rechtsverhältnissen zu stehen*, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. (Der Unterschied, den *Bluntschli* I §. 13 zwischen „rechtsfähigen" und „berechtigten Wesen" machen will, ist unmotivirt und willkürlich.) Von der Rechtsfähigkeit ist die *Handlungsfähigkeit* wohl zu unterscheiden. Diese besteht in der

an einer solchen anerkennenden objectiven Norm fehlt, erscheint der betreffende einzelne Mensch nicht als Person, d. h. er wird nicht als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten angesehen. Wie das Recht auf diese Weise den Umkreis der rechtsfähigen Wesen schmälern kann, so kann es ihn andererseits erweitern, indem es an ein anderes Substrat als an die natürliche leibliche Individualität des einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit knüpft. In diesem Fall wird vom Recht das Subject der Rechtsverhältnisse d. h. die Person in künstlicher Weise erst geschaffen. Es gibt auf diese Art zwei Classen von Personen: natürliche und künstliche Personen[4].

Neuntes Capitel.

Von den natürlichen Personen.

A. Existenz derselben.

1. Anfang der natürlichen Persönlichkeit.

§. 26. Die erste Bedingung der Rechtsfähigkeit der natürlichen Person ist, daß sie existire, daß der Mensch vorhanden sei. Denn das Substrat der Träger der Persönlichkeit ist eben die natürliche leibliche Individualität des Menschen. Der Mensch existirt als Einzelner. Zu seiner Einzelexistenz gelangt er durch die vollständige Trennung vom Leibe der Mutter d. h. durch die Geburt. Zur Geburt als dem Beginn der Rechtsfähigkeit wird erfordert[1]: 1) Trennung vom Mutterleibe. Auf die Mittel, wodurch ein Kind vom Mutterleibe getrennt wird, kommt es nicht an: die künstliche gewaltsam

---

Fähigkeit einer Person, die Rechtsverhältnisse, in welchen sie stehen kann, durch sich selbst zu begründen. Es kann daher Menschen geben, welche rechtsfähig aber nicht handlungsfähig sind, nicht aber Menschen, welche rechtsunfähig und dennoch handlungsfähig wären (wie Schilling Instit. II §. 24 Erinnerung 4 irriger Weise meint, vgl. dagegen Savigny III S. 22 Note a). — Die Handlungsfähigkeit verhält sich zur Rechtsfähigkeit wie die Möglichkeit zur Wirklichkeit; vgl. Böcking I §. 30, Beseler I §. 56.

4) Über die ganze folgende Abtheilung vgl. Schwarze im Rechtslexicon Art. Person Bd VII S. 887—904.

1) Vgl. insbesond. Savigny II S. 6 fg.

bewirkte Geburt steht in juristischer Beziehung der natürlichen ganz gleich[2]. 2) Vollständige Trennung vom Mutterleib[3]. In Ansehung der Frage, ob das Kind vollständig vom Mutterleibe getrennt sei, kommt es auf das Abschneiden der Nabelschnur nicht an[4], es genügt aber andererseits nicht, daß der Kopf allein aus dem Leibe gekommen sei[5]. 3) Leben des Geborenen nach der Trennung vom Mutterleibe. Hätte das Kind während der Trennung Zeichen des Lebens von sich gegeben, wäre es aber dennoch todt herausgezogen worden, z. B. in Folge einer Verletzung bei einer gewaltsamen Geburt, so würde es in keinem Augenblick rechtsfähig gewesen sein. Einem zu früh geborenen (abortus[6]), oder einem zwar ausgetragenen aber todtgeborenen Kinde fehlt die Rechtsfähigkeit[7]. Um diese zu erwerben genügt es aber, daß das Kind auch nur einen Augenblick nach der Trennung vom Mutterleib gelebt habe[8]. Nach österreichischem Rechte (§. 23 a. b. G. B.) besteht eine juristische Präsumtion dafür daß das Kind lebend zur Welt gekommen sei, so daß Jener, der das Gegentheil behauptet, dieses zu beweisen hat. Hiermit ist die Beweislast anders als nach gemeinem Rechte regulirt und es verliert hiermit die Frage, wie das Leben des Kindes nach der Trennung vom Mutterleibe zu beweisen sei[9], den größten Theil ihrer Bedeutung.

Zur Rechtsfähigkeit des Geborenen ist nach österreichischem Rechte Vitalität (Lebensfähigkeit) nicht erforderlich. Das lebendgeborene

---

2) l. 12 pr. D. de liber. (28, 2) — natum accipe etsi exsecto ventre editus sit. Andere Stellen und die Vereinbarung anscheinend widerstreitender Stellen s. bei Savigny §. 61 Note e.

3) l. 3 C. de posth. hered. (6, 29) — perfecte natus — ad orbem totus processit.

4) l. 3 cit. Arndts Pandekt. §. 25 Anmerk. 2.

5) Wie Sintenis I §. 13 Note 4 irrigerweise behauptet; vgl. gegen ihn Bangerow I S. 76 und Arndts a. a. O.

6) l. 2 C. cit. Uxoris abortu testamentum mariti non solvi.

7) l. 129 D. de V. S. Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur: quia nequaquam liberi appellari potuerunt.

8) l. 2. 3 C. cit.

9) Über das röm. Recht s. Savigny II S. 8, Puchta Institut. II S. 427. Über das deutsche Recht vgl. einerseits Runde Grundsätze §. 283, Phillips I S. 252, andererseits Eichhorn Einleit. §. 334, Maurenbrecher I §. 127 Note 6, Renaud I §. 54 Note 4, Beseler I S. 300, Gengler Lehrb. S. 63. 64.

Kind ist rechtsfähig, mag es auch nicht lebensfähig sein[10]; dagegen ist auch nach österreichischem Rechte erforderlich, daß der Geborene menschliche Gestalt habe[11].

Die Rechtsfähigkeit beginnt erst mit der Geburt. Solange Jemand nicht geboren ist, ist er eben kein einzelnes selbständiges willensfähiges Wesen[12]. Dennoch betrachtet das Recht in gewissen Fällen den noch nicht Geborenen, aber bereits Empfangenen, als wäre er schon geboren, Nasciturus pro nato habetur[13]. Diese Fiction bezieht sich aber nur vorsorgend auf das bevorstehende wirkliche Leben des Kindes. Diese Vorsorge macht sich in zwei Richtungen geltend: 1) im polizeilichen und criminalrechtlichen Schutz des Lebens im Mutterleibe[14]; 2) im Vorbehalte von Privatrechten, in welche das Kind gleich nach der Geburt treten soll[15]. Vermöge dieser Fiction hat der Ungeborene schon Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit, aber keine natürliche, sondern nur eine fingirte. In so fern kann man allerdings sagen, mit der Geburt fange zwar der Mensch, nicht aber erst

---

10) Die entgegengesetzte Ansicht hatte man früher sehr häufig, so z. B. Glück II S. 88 XXVIII S. 134, Schweppe I §. 59, Göschen I §. 88, s. jedoch Savigny Beil. III. A. A. ist auch noch Buchta Pandekt. §. 114 Note d. Vorles. I S. 233. Institut. II S. 427; die Widerlegung desselben s. bei Vangerow I §. 32 S. 74 fg. und Böcking I §. 32 Note 4. 8. Beseler I S. 301. 302 vertheidigt das Erforderniß der Vitalität vom Standpunkt des deutschen Rechts, s. dagegen Renaud I §. 54 und Gengler S. 65.

11) Es darf kein monstrum, kein prodigium sein. Savigny II S. 9 fg. Nur kommt es nach österr. Recht nicht, wie man häufig nach röm. Recht (arg. l. 44 pr. D. de relig. 11, 7) annimmt, auf die Bildung des Kopfes an, sondern es haben die Ärzte zu entscheiden, ob die Geburt ein Mensch sei oder nicht, wie dieß denn auch schon die Ansicht mancher neuerer Civilisten ist, so z. B. von Fritz Erläuter. I S. 134, Schilling Instit. II §. 25 Note a. und Sintenis I §. 18 Note 9.

12) l. 1 §. 1 D. de inspic. ventr. (25, 4) — partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum. l. 9 §. 1 D. ad leg. Falc. (35, 2) — partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

13) l. 26 D. de stat. hom. (1, 5) Qui in utero sunt in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. vgl. Savigny II §. 62.

14) Androhung von schweren Strafen auf die als Verbrechen erklärte Abtreibung der Leibesfrucht §. 144—148 des Strafg.; polizeiliche Maßregeln gegen den Verkauf von Abortivmitteln; Rücksicht auf den Zustand der Schwangerschaft beim Strafvollzug (§. 349 der Strafproceßord. v. 29. Juli 1853) u. s. f.

15) l. 3 D. si pars hered. (5, 4) Antiqui libero ventri ita prospexerunt ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent.

die Person an[16]. — Im Privatrechte erstreckt sich diese Fiction nur auf jene Rechte und Vortheile, welche dem Kinde zukommen sollen, nicht auch auf solche, welche dritten Personen zu Theil werden sollen, d. h. insoweit es sich um die Rechte Dritter handelt, wird das empfangene Kind nicht als geboren angesehen[17] (§. 22 a. b. G. B.). Wenn daher ein Erblasser die A unter der Bedingung zum Erben einsetzt, daß sie zur Zeit seines Todes ein Kind habe, so bekommt sie die Erbschaft nicht, wenn sie das Kind nur erst noch im Mutterleibe trägt[18]. Die privatrechtliche Vorsorge für das Kind zeigt sich insbesondere 1) in der Beziehung auf dessen Standesverhältnisse. Der Stand eines in legitimer Ehe erzeugten Kindes[19] richtet sich nach dem Stande des Vaters zur Zeit der Erzeugung, so daß dieser Stand durch spätere Veränderungen nicht gefährdet werden kann[20]. Daher die Bestimmung des Strafgesetzes §. 27 lit. a, daß der Verlust des Adels nur den Verbrecher, nicht auch die vor dem Strafurtheile erzeugten Kinder trifft[21]. 2) In Beziehung auf Erbschaften. Wenn z. B. während der Schwangerschaft eine Erbschaft eröffnet wird, welche dem Kinde, wäre es schon geboren, zufiele, so wird ihm das Erbrecht bis zur Zeit seiner Geburt aufbewahrt und kann daher bis dahin in seinem Namen geltend gemacht werden. Zur Wahrung dieser Rechte wird dem Kinde ein Curator bestellt[22] (§. 22. 274 a. b. G. B.

16) Rudorff in der Anm. zu Note b von Puchta's Pandekt. §. 114.

17) l. 7 D. de stat. hom. (1, 5). l. 231 D. de V. S. — aliis autem non prodest nisi natus.

18) Vgl. Winiwarter I S. 120, Stubenrauch I S. 133. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist wohl auch der des §. 195 a. b. G. B. (cf. pr. I de excus. 1, 25); allein er ist mit Rücksicht auf §. 257 a. b. G. B. ohne praktische Bedeutung, vgl. Savigny II S. 5 Note d.

19) In Ansehung unehelicher Kinder kommt es nach österr. Recht (über das römische vgl. Savigny II S. 15) auf die Zeit der Conception an. Diese Fiction hat aber hier deßhalb keine Bedeutung, weil das Kind ohnehin die Standesrechte der Mutter nicht erhält.

20) Verbesserungen des Standes, also Standeserhöhungen kommen natürlich wie den schon geborenen, so auch den empfangenen Kindern zu gute, da jene Fiction bloß zum Vortheil derselben stattfindet. — Es soll aber gleich hier bemerkt werden, daß sich das im Text Gesagte nur auf den Geburtsstand, nicht aber auch auf die Staatsbürgerschaft bezieht, worauf mit Unrecht von manchen gemeinrechtl. Schriftstellern (z. B. Mohl Würtemb. Staatsr. I S. 348, Renaud I S. 254 Note 1, Mittermaier I §. 108 Note 2) jene Fiction bezogen wird, vgl. hierüber unten §. 39.

21) cf. l. 7 §. 1 D. de senat. (1, 9). Savigny II S. 14. 15.

22) Das röm. Recht stellt die Vermuthung auf, daß wohl drei Kinder der

s. g. curator nascicturorum). Kommt das Kind später todt zur Welt, so wird es für nie empfangen angesehen (§. 22 a. b. G. B.) [28].

2. Ende der natürlichen Persönlichkeit.

§. 27. Die natürliche Persönlichkeit endet mit dem Tode [1]. Der Tod ist eine Thatsache, welche gleich jeder andern erforderlichen Falls erwiesen werden muß [2]. Dieser Beweis kann 1) durch öffentliche Urkunden geführt werden [3], insbesondere durch einen Auszug aus den öffentlichen vollen Glauben genießenden Todtenbüchern [4] (Todtenschein); 2) durch Zeugen [5], deren Aussage sich entweder auf die unmittelbare Wahrnehmung des Leichnams stützt oder andere Umstände angibt [6], welche über den unvermeidlich erfolgten Tod z. B. Sturz in einen Abgrund Gewißheit geben. In Ansehung dieses Zeugenbeweises ist durch das Hofkanzleidecret vom 17. Febr. 1827 (J. G. S.

Schwangeren zur Welt kommen könnten und läßt hiernach die Erbfolge reguliren (l. 3. 4 D. si part. hered. 5, 4 l. 7 pr. D. de reb. dub. 34, 5. l. 36 D. de solut. 46, 3). Diese Vermuthung, welche auch das baier. Landr. (I 3 §. 2) aufgenommen hat und deren Geltung in der Praxis Glück II §. 115 bezeugt, gilt nach österr. Recht wohl nicht und es müßte daher in einem solchen Fall mit der Vertheilung des Nachlasses bis zur Geburt gewartet werden vgl. Stubenrauch I S. 133.

28) l. 129 D. de V. S. cit.

1) Die den Tod überdauernde Persönlichkeit ist nicht die natürliche, sondern die juristische. Beleidigungen des Todten oder Verletzungen des Leichnams sind keine Rechtsverletzungen an dem Verstorbenen, sondern nach röm. Recht Verletzungen der Erben (l. 1 §. 4. 6 D. de injur. 47, 10); nach österr. Recht ist die Verletzung des Leichnams als ein Vergehen gegen die öffentliche Ruhe und Ordnung (§. 278 lit. h. §. 306 des Strafgesetzb.) zu bestrafen; die Beleidigung des Verstorbenen aber gilt nicht als eine Verletzung des Erben, sondern als eine Verletzung der hinterlassenen nächsten Verwandten (§. 495 Strafg.), was sicher entsprechender ist, als die Bestimmung des röm. Rechts; vgl. hierüber Schwarze im Arch. f. Criminalrecht 1854 I S. 99 fg.

2) Glück Pandektencomment. VII S. 493 fg.

3) Vgl. Hofacker princ. jur. civil. II §. 1681, Winiwarter I S. 124 fg. Über das canonische Recht vgl. Schulte Handbuch des kathol. Eher. S. 205. 206.

4) §. 112 lit. f. der A. G. O., §. 114 lit. d. der ungar. u. siebenb. G. O.

5) Über den Beweis des Todes durch Zeugen nach gemeinem Recht vgl. Leyser med. ad Pand. vol. II. spec. XCV med. 11—16, nach canon. Recht Schulte a. a. O. S. 206.

6) Vgl. Justizhofdecr. v. 25. Febr. 1846 (Michel Handb. Nr. 80).

Nr. 2259) ein eigenes Verfahren vorgeschrieben worden.[7] — Es gibt jedoch Fälle, in welchen der Beweis des Todes sich nicht herstellen läßt, während die Wahrscheinlichkeit des Todes im hohen Grade vorhanden ist. Kommt man in Fällen dieser Art, wo man mit höchster Wahrscheinlichkeit ja mit Gewißheit annehmen darf, daß ein Mensch gestorben sei, nicht mit einer juristischen Präsumtion des Todes zu Hilfe, so bleiben alle jene Rechtsverhältnisse, welche nach dem Tode eines Menschen einer festen und bestimmten Regelung bedürfen, bis auf unbestimmte Zeit ja vielleicht auf alle Zeiten hin in einem unsichern schwankenden Zustand. Die Aufstellung eines Curators für das Vermögen eines Abwesenden genügt nicht, da einerseits auch diese Verwaltung einmal ihr Ende erreichen und die Frage, an wen das verwaltete Vermögen als den Erben des Abwesenden endlich zu fallen habe, einmal bestimmt beantwortet werden muß, andererseits aber auch andere Rechtsverhältnisse wie z. B. das des zurückgelassenen Ehegatten einer bestimmten Regelung bedürfen. Das römische Recht kennt eine solche juristische Präsumtion des Todes nicht. In der deutschen Praxis jedoch hat sich gewohnheitsrechtlich die Aufstellung einer solchen Präsumtion herausgebildet[8]: es ist dieß die Lehre von den Verschollenen und ihrer Todeserklärung, eine Lehre, die sich particularrechtlich wieder in sehr verschiedener Weise ausgebildet hat und welche nunmehr in der Gestalt dargestellt werden soll, welche sie in dem heutigen österreichischen Recht erhalten hat[9].

---

7) Dieses Hofkzldecr. s. bei Michel Handb. Nr. 38 und vgl. darüber Dolliner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1827 I S. 185 fg. Diese Vorschrift wurde zwar zunächst nur für den Fall erlassen, als es sich in Ansehung der Eingehung einer neuen Ehe um den Beweis der Trennung der früheren durch den Tod handelt; allein sie wird mit Recht auch auf andere Fälle angewendet, wo der Tod eines Vermißten in Ermangelung des Todtenscheins oder einer anderen öffentlichen Urkunde durch Zeugen erwiesen werden soll (vgl. Winiwarter I S. 125) und in dieser weiteren Anwendung sind die Bestimmungen jenes Hofkzldecrets auch in die §§. 193 fg. der ungar. und siebenb. G. O. übergegangen.

8) Vgl. Glück Comment. VII S. 494 fg. XXXIII §. 1397 e S. 288 fg, Pfeiffer Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiss. Bd IV (1836) Nr. XI (s. §. 6 die ältere Literatur), Mittermaier I §. 147, Savigny II §. 68, Kraut Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts Bd II (1847) S. 230 fg. 264 fg., Beseler I §. 58, Gengler Lehrb. S. 68 fg., Walter §. 109.

9) Eine kurze belehrende Geschichte des Instituts der Todeserklärung im

Verschollen[10] nennt man denjenigen, welcher längere Zeit hindurch von seinem letzten Wohnorte entfernt geblieben ist, ohne daß man von ihm oder über ihn Nachrichten erhalten hätte, so daß man sowohl über sein Leben als über seinen Tod in einem Zustand der Ungewißheit ist. Die Verschollenheit ist somit nichts anders als eine besonders qualificirte Abwesenheit[11]. Der Tod eines Verschollenen wird nicht ohne weiteres präsumirt. Dazu daß eine solche Präsumtion eintreten könne, sind zwei Momente erforderlich: 1) eine bestimmte Qualification der Verschollenheit; 2) ein gerichtliches Verfahren, welches mit dem richterlichen Ausspruche, daß der Verschollene für todt zu halten sei, endet.

Was den ersten Punkt betrifft, so kann nach österreichischem Rechte[12] (§. 24 a. b. G. B.) der Tod eines Verschollenen nur in folgenden Fällen präsumirt, respective das gerichtliche Verfahren behufs der Todeserklärung eingeleitet werden: 1) Wenn seit der Geburt des Verschollenen 80 Jahre verstrichen sind und seit 10 Jahren keine Nachrichten über den Vermißten eingegangen sind[13]. Diese beiden Umstände müssen vereint stattfinden, so daß selbst dann, wenn der Verschollene zur Zeit seiner Entfernung bereits 80 Jahre oder darüber alt gewesen wäre, dennoch noch 10 Jahre verstreichen müssen, ehe die Todeserklärung angesucht werden kann[14]. 2) Wenn seit der

---

österr. Recht gibt Dolliner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 I Nr. XIII §. 2.

10) Das österr. Gesetzbuch gebraucht diesen Ausdruck nicht; es spricht im §. 24 von „Abwesenden und Vermißten", eine Häufung von Ausdrücken, welche wohl unpassend ist und auch durch dasjenige nicht gerechtfertigt wird, was Stubenrauch I S. 139 Nr. 8 bemerkt.

11) Jede Verschollenheit setzt Abwesenheit voraus, aber nicht jede Abwesenheit ist Verschollenheit, vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 1, Beseler I S. 305 lit. a., Puchta Vorles. I S. 234.

12) Über das gemeine Recht und die Verschiedenheiten der Particulargesetzgebungen in diesem Punkt vgl. Cropp in seinen und Heise's jurist. Abhandl. Bd II (1830) Abhandl. Nr. IV §. 2, Kraut a. a. O. S. 231—234, Gengler S. 70—78.

13) Das bürgerliche Gesetzbuch sagt minder passend, „seit 10 Jahren müsse der Ort seines Aufenthaltes unbekannt geblieben sein", vgl. dagegen Harum in Haimerl's Magaz. S. 248.

14) Auf Grund des Psalters XC V. 10 hat sich gemeinrechtlich der Gerichtsgebrauch (der mit Unrecht von Kierulff I S. 89 Note *** u. Sintenis I §. 13 bestritten wird) dahin ausgebildet, daß der Verschollene als todt präsumirt wird,

Entfernung des Vermißten ein Zeitraum von 30 Jahren[15] verstrich, während dessen man keine Nachricht von ihm oder über ihn erhielt. 3) Wenn derjenige, der in einer nahen Todesgefahr war, z. B. in einer Schlacht schwer verwundet wurde oder sich auf einem Schiffe da es scheiterte befand, durch drei Jahre seit dieser Zeit vermißt wird.

Tritt eine der angegebenen Voraussetzungen ein, so kann um die gerichtliche Todeserklärung des Verschollenen angesucht werden; von Amtswegen hat dieselbe niemals stattzufinden (§. 24 a. b. G. B.). Das Ansuchen um die gerichtliche Todeserklärung hat so wie das Verfahren bei derselben verschiedene Bedingungen, je nachdem die Todeserklärung von dem zurückgelassenen Ehegatten behufs der Wiederverehelichung oder von den dazu berechtigten Personen zu anderen Zwecken angesucht wird. — Im letztern Falle sind die Personen, welche dazu berechtigt sind auf Todeserklärung anzutragen, die eventuellen Erben, der zurückgelassene Ehegatte, die Gläubiger des Verschollenen, unter Umständen selbst der Curator des Abwesenden und der Fiscus. Das Gericht, bei welchem in diesem Fall um die Todeserklärung angesucht werden muß, ist das Gericht, welches zur Verlassenschaftshandlung des Verstorbenen nach erfolgter Todeserklärung competent wäre d. i. also das Gericht des letzten Wohnsitzes[16]. Das Gericht hat, wenn es nicht etwa das Gesuch als unbegründet zurückzuweisen befindet, vor allem einen Curator für den Verschollenen aufzustellen[17], dessen Aufgabe es ist die Beweise der Voraussetzungen, mit deren Eintritt der Tod zu präsumiren ist, sorg-

---

wenn vom Tage seiner Geburt an das 70. Jahr verstrichen ist. Nach österr. Recht ist, wie im Text bemerkt wurde, das 80. Jahr erforderlich. Die Bestimmung des österr. Gesetzbuchs aber, daß nebst einem Zeitraum von 80 Jahren vom Tag der Geburt an noch überdieß stets 10 Jahre seit der Verschollenheit verflossen sein müssen, dürfte wohl zu rigoros und ein kürzerer mit der Höhe des Alters scalenförmig abnehmender Zeitraum seit der Verschollenheit passender sein. So geschieht dieß im gemein. Recht (obwohl in Ansehung des Zeitraums die Ansichten verschieden sind, vgl. Savigny II S. 47, Puchta Vorles. I S. 284, Glück VII S. 495, Holzschuher I S. 241) und Bestimmungen solcher Art enthält auch das preuß. Landr., vgl. Bornemann I S. 78 lit. β.

15) Vgl. Mittermaier I §. 147 Note 4.

16) Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852 §. 88.

17) Dieß selbst in dem Fall, wenn der Verschollene noch unter der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt stünde, oder einen ordentlichen Bevollmächtigten zurückgelassen hätte; vgl. Dolliner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1826 I S. 248 fg.

fältig zu prüfen und dem Gerichte die möglichste Gewißheit über das Leben oder den Tod des Verschollenen zu verschaffen. Das Gericht hat ferner den Verschollenen durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes Edict mit dem Beisatze vorzuladen, daß das Gericht, wenn während dieser Zeit der Verschollene nicht erscheine oder auf eine sonstige Art dasselbe von seinem Leben in Kenntniß setze, zur Todeserklärung vorschreiten werde (§. 277 a. b. G. B.). Ist der Edictaltermin verstrichen, ohne daß der Verschollene Nachricht von seinem Leben gegeben hat, so ist ein neues Ansuchen der Parteien abzuwarten, falls dieses stattfindet, der Curator des Verschollenen zu vernehmen und hierauf das Erkenntniß zu schöpfen, gegen welches sowohl dem Curator als dem Gesuchsteller der Recurs an das Obergericht offen steht. — Wird die Todeserklärung von dem zurückgelassenen Ehegatten behufs der Wiederverehelichung angesucht (§§. 112—114 a. b. G. B.)[18], so ist für die Überreichung des Gesuches so wie für die Verhandlung derjenige Gerichtshof erster Instanz competent, in dem der zurückgelassene Ehegatte seinen Wohnsitz hat[19]. Auch in diesem Falle ist ein Curator zur Erforschung des Abwesenden zu bestellen und ein Edict auf ein Jahr zu erlassen, welches drei Mal den öffentlichen, unter Umständen auch den ausländischen Blättern einzuschalten ist[20]. Ist diese Zeit verstrichen, ohne daß der Verschollene das Gericht von seinem Leben in Kenntniß gesetzt hätte, so ist auf wiederholtes Ansuchen des verlassenen Ehegatten ein rechtschaffener sachverständiger Mann[21] zum Vertheidiger des Ehebandes zu bestellen, der sich mit dem Curator ins Einvernehmen zu setzen hat. Nach gepflogener Verhandlung hat das Gericht zu erkennen, ob das Gesuch zu verwilligen

---

18) Vgl. hierüber Dolliner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 I S. 187 fg. 248 fg. 293 fg. II. S. 28 fg. Ausführliches hierüber findet sich auch bei Stubenrauch I S. 351 fg. — Es ist aber nicht zu billigen, wenn unsere Schriftsteller über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, so z. B. neuerlichst Stubenrauch S. 351—353, die gesetzlichen Vorschriften über die Todeserklärung der zum Militärkörper gehörigen Personen zum Zweck der Wiederverehelichung umständlich anführen, da diese Frage dem Militärprivatrecht zu überlassen ist.

19) Jurisdict. Norm §. 88.

20) Hierüber besteht eine besondere Vorschrift; Hofdecr. v. 27. Aug. 1817 Anhang Nr. 24. — Diese Edictalcitation muß auch dann stattfinden, wenn etwa bereits eine s. g. gemeine Todeserklärung des Verschollenen ergangen wäre. Dolliner a. a. O. 1826 I S. 293 fg.

21) Minister. Verordn. v. 13. Aug. 1851 u. v. 2. Oct. 1851 Anh. Nr. 23.

sei oder nicht[22]. Im letztern Falle ist die Entscheidung sofort kund zu machen und es steht dem zurückgelassenen Ehegatten frei, den Recurs dagegen an das Obergericht zu ergreifen. Im ersteren Falle ist die Entscheidung durch das Obergericht an den obersten Gerichtshof hinauf zu geben, welcher, ohne die Genehmigung des Kaisers einholen zu müssen[23] und ohne Rücksprache mit dem bischöflichen Ordinariat[24], in einer Sitzung von wenigstens zehn Räthen und dem Vorsitzenden[25] die Todeserklärung zu bewilligen oder zu verwerfen hat[26] (s. g. feierliche Todeserklärung).

Die gerichtliche Todeserklärung spricht zunächst nichts anderes aus als daß der Tod des Verschollenen juristisch zu präsumiren sei. Es fragt sich nunmehr, welcher Zeitpunkt als der des präsumtiven Todes anzusehen sei, eine Frage, welche besonders in Ansehung der Erbfolge von großer Wichtigkeit ist. In neuerer Zeit[27] bestehen

---

22) Unsere Schriftsteller (vgl. z. B. Dolliner a. a. O. 1826 I S. 189 fg., Stubenrauch I S. 352 u. A.) fassen die Bestimmung des §. 112 a. b. G. B. so auf, als schriebe sie behufs der fraglichen Todeserklärung das Vorhandensein besonderer positiver Voraussetzungen vor, als genügten jene „Umstände des §. 24 a. b. G. B." nicht, als wäre noch „überdieß" erforderlich, daß die Abwesenheit des Verschollenen mit besonderen concreten und greifbaren Umständen begleitet sei, damit die Todeserklärung ausgesprochen werden könne. Allein diese Auffassung ist m. E. nach unrichtig und lediglich aus der Einseitigkeit der exegetischen Methode hervorgegangen. Der §. 112 a. b. G. B. sagt, wenn man ihn unbefangen liest, nichts anderes als daß mit dem bloßen Verlauf der im §. 24 bestimmten Zeit die Ehe nicht von selbst für gelöst zu halten sei, sondern daß behufs der Trennung der Ehe zu einer Todeserklärung geschritten werden müsse, welche das Gericht aber bei der Wichtigkeit des Falles nur nach der sorgfältigsten Prüfung und Erwägung aller Umstände aussprechen solle: das Gericht hat daher die vorhandenen Umstände sorgfältig zu prüfen, besondere Umstände neben und außer den im §. 24 a. b. G. B. vorgeschriebenen sind durchaus nicht erforderlich.

23) A. h. Cabin. Schreiben v. 25. Febr. 1818 Nr. 25 des Anhangs.

24) Nach einem längeren Schwanken (vgl. Dolliner a. a. O. 1826 I S. 209 fg.) wurde durch Hofkzldecr. v. 12. März 1830 u. 15. Juni 1833 die Einvernehmung des bischöfl. Ordinariats angeordnet. Hiervon ist es durch die a. h. Entschl. v. 30. Nov. 1849 (Michel Nr. 297) wieder abgekommen.

25) Kais. Pat. v. 7. Aug. 1850 §. 17.

26) Über die canon. Vorschriften in dieser Beziehung und insbes. darüber, ob ein Pfarrer auf Grund einer vom weltlichen Gericht erlassenen Todeserklärung nach canon. Recht den zurückgelassenen Ehegatten zu einer neuen Ehe zulassen dürfe, vgl. Schulte S. 206. 207.

27) In der älteren Zeit war man häufig der Ansicht, daß der Zeitpunkt, mit dem die Verschollenheit beginnt, also der Tag der Entfernung oder der Tag, von welchem die letzten Nachrichten datiren, als der Todestag anzusehen sei und

hierüber zwei Meinungen[28]. Nach der einen Ansicht soll als der Zeitpunkt des Todes der Tag angesehen werden, an welchem sämmtliche zur Todeserklärung berechtigende Voraussetzungen eingetreten sind; nach dieser Ansicht ist das richterliche Decret declaratorischer Natur[29]. Der andern Ansicht zufolge ist als der Zeitpunkt des Todes der Tag der richterlichen Todeserklärung anzusehen, so daß das richterliche Decret constitutive Natur hat[30]. Die letztere Ansicht ist in das österreichische Gesetzbuch mit der Modification aufgenommen worden, daß der Tag, an dem das richterliche Decret, welches die Todeserklärung ausspricht, die Rechtskraft beschritten hat, als der Todestag des Verschollenen anzusehen sei (§. 278)[31]. Die Ansicht, welcher das österreichische Gesetzbuch huldigt, dürfte aber gerade die

---

daß sich die Erbfolge nach diesem Tag zu richten habe (s. g. successio ex tunc). Diese Ansicht, welche im Zusammenhang mit dem älteren deutschen Recht (vgl. Kraut II S. 220—230) steht und sich z. B. bei Pufendorff Observ. IV 84. 5, Schilder Prax. jur. Rom. exerc. XV §. 77 u. anderen älteren Schriftstellern findet (vgl. hierüber Cropp a. a. O. Abth. IV §. 4, Glück XXXIII S. 296—299, Kraut II S. 235 Note 30) ist als das Institut der Verschollenheitserklärung in das französ. Recht (Zachariä I §. 154 fg.) und aus diesem in den hess. Entwurf übergegangen. — Das ältere österr. Recht aus dem 13. u. 14. Jahrh. stimmt mit dem älteren deutschen Recht vollkommen überein. Später und noch bis auf die neuere Zeit herauf erhielt sich in Österreich die successio ex tunc, nur daß man die Erben Sicherheit bestellen ließ auf den Fall, daß der Verschollene binnen 32 Jahren zurückkehren sollte (vgl. Suttinger Consuet. Austr. p. 289), eine Auffassung, die aber später durch die Einmengung einer Präsumtion des Todes nach 32 Jahren getrübt wurde, vgl. Greneck Theatr. jurisd. austr. (1752) p. 258.

28) Nach beiden Meinungen findet eine successio ex nunc statt; nur über die Bestimmung des nunc herrscht Streit.

29) Vgl. Schweppel §. 64, Mittermaier in den älteren Aufl. seiner Grundsätze §. 397, Glück XXXIII S. 299 fg., Croppa a. a. O. Abh. IV §. 2, Pfeiffer Prakt. Ausführ. Bd. IV Nr. XI §. 9, Savigny II §. 63, Puchta Pandekt. §. 145 Note b und Vorles. dazu, Kraut II S. 265. 266, Beseler I S. 307, Walter §. 109, Bluntschli I §. 17, Seuffert I §. 39.

30) Eichhorn Einl. §. 327, Gesterding Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Materien I S. 342 fg., Mittermaier in späteren Aufl. §. 147. §. 148, Wangerow I §. 33 (selbst noch in der neuesten Aufl. S. 79. 80. Seine Argumentation ist schon bei Glück XXXIII S. 300 fg. hinlänglich widerlegt), Gerber §. 34, Renaud I §. 55, Gengler Lehrb. S. 75. 76; Kierulff S. 90 Note ** löst diese Frage gar nicht principiell.

31) Übereinstimmend mit dem preuß. Landr. II 18 §. 835. — Rechtskräftig wird die richterliche Entscheidung, wenn nach dem Tag der Zustellung derselben 14 Tage verflossen sind und ein weiterer Rechtszug nicht ergriffen wurde. Wird die Entscheidung durch die höhere Instanz bestätigt oder geht sie von der

minder richtige und empfehlenswerthe sein[32]. Wenn in einem Rechte bestimmte Voraussetzungen aufgestellt sind, bei deren Eintritt der Tod eines Verschollenen zu präsumiren ist, so kann das vorgeschriebene gerichtliche Verfahren keine andere Bedeutung haben als gerichtlich festzustellen, daß eben jene Voraussetzungen eingetreten seien. Das richterliche Decret kann also in der That nur aussprechen, daß sich die Voraussetzungen verwirklicht haben, an deren Eintritt das Gesetz die Präsumtion des Todes knüpft, d. h. es ist wesentlich declaratorischer Natur. Auch in praktischer Beziehung stellt sich die von den Verfassern des österreichischen Gesetzbuchs adoptirte Ansicht als unpassend dar, da durch jede Verzögerung der gerichtlichen Entscheidung, insbesondere durch den in dieser Beziehung rein zufälligen Umstand, ob der Curator den Recurs an das Obergericht ergreift oder nicht, die Interessen dritter Personen auf das Empfindlichste verletzt werden können. Auch führt diese Ansicht für das österreichische Recht zu grellen Inconvenienzen, indem in dem Falle, wenn sowohl die Erben des Verstorbenen als der zurückgelassene Ehegatte um dessen gerichtliche Todeserklärung ansuchen, sich leicht zwei verschiedene Todestage des Verschollenen ergeben können. Die Bestimmung des österreichischen Rechts, daß das gerichtliche Decret constitutiver Natur sei, gilt in allen Fällen, also selbst dann, wenn der Verschollene in einer nahen Todesgefahr gewesen und in dieser wahrscheinlich umgekommen ist. Für diesen Fall wäre es aber gewiß weit passender gewesen, den Tag der Todesgefahr als den Sterbetag zu präsumiren[33].

---

letzten Instanz aus (wie bei der Todeserklärung behufs der Wiederverehelichung), so ist sie am Tag der Zustellung rechtkräftig, Hofdecr. v. 30. Sept. 1785 J. G. S. Nr. 474.

32) Vgl. dagegen auch die treffenden Bemerkungen von Rippel Materialien zur Reform (1850) I S. 108 fg. Ganz unzukömmlich erscheint es insbesondere, den Tag an welchem die Todeserklärung in Rechtskraft erwächst für den juristischen Sterbetag zu erklären (vgl. Rippel S. 111), da nunmehr die wichtigsten Interessen dritter Personen von dem rein zufälligen Umstand abhängen, ob das richterliche Decret an diesem oder jenem Tag zugestellt wird, und der Curator es in seiner Macht hat, durch Ergreifung oder Unterlassung des Recurses auf die Bestimmung der Erbfolge wesentlichen Einfluß zu nehmen.

33) So geschieht dieß im preuß. Landr. (Koch I S. 139, Bornemann I S. 77. 78), vgl. hierüber auch Cropp in der angef. Abh. S. 116 Note 8 und Rippel a. a. O. S. 111.

Wenn die Todeserklärung erfolgt ist, so treten die Wirkungen ein, welche sonst mit dem natürlichen Tode verbunden sind: das Vermögen des Verschollenen wird nunmehr als Nachlaß behandelt und die Erbfolge in dasselbe eröffnet, welche sich nach dem präsumtiven Todestage bestimmt; unter den gehörigen Voraussetzungen ist die Ehe als gelöst zu betrachten [34] u. s. w.

Die gerichtliche Todeserklärung stellt nur eine sogenannte einfache Vermuthung (praesumtio juris non de jure) des Todes her, welche durch Gegenbeweis entkräftet werden kann (§. 278 a. b. G. B.). Es kann daher auch später noch stets der Beweis geführt werden, daß der Tod des Verschollenen früher oder später erfolgt sei [35]. Insbesondere aber kann natürlich das wirkliche noch fortdauernde Leben des Verschollenen durch die Todeserklärung nicht negirt werden. Kehrt daher der Todterklärte zurück, so müssen ihm die mittlerweile als seine Erben in sein Vermögen eingewiesenen Personen dasselbe zurückstellen [36] und sie werden hierbei, dafern ihnen nicht dolus nachgewiesen werden kann, d. h. insofern nicht bewiesen werden kann,

---

34) Manche Schriftsteller wollen die Todeserklärung bloß auf das Vermögen des Verschollenen wirken lassen, vgl. z. B. Gengler S. 76. 77.

35) Wird dieser Beweis hergestellt, so richtet sich die Erbfolge nach dem erwiesenen Zeitpunkt des Todes und die wahren Erben haben gegen die in den Nachlaß des Verschollenen eingewiesenen Personen eine Erbrechtsklage (hereditatis petitio §. 823 a. b. G. B.), deren Verjährung von der Zeit der Einweisung zu laufen beginnt.

36) Die Klage, welche der rückkehrende Verschollene hat, ist nach Analogie der Erbrechtsklage zu behandeln. Während der Erbe mit der Erbrechtsklage auf Anerkennung seiner Repräsentation einer verstorbenen vermögensrechtlichen Persönlichkeit und demzufolge auf Herausgabe des Vermögens eines Verstorbenen klagt, klagt der rückgekehrte Verschollene auf Anerkennung seiner noch fortdauernden vermögensrechtlichen Persönlichkeit und demzufolge auf Herausgabe seines Vermögens. Diese Klage ist somit wie die Erbrechtsklage eine Universalklage und absoluter Natur d. h. gegen Dritte wirksam. Der rückgekehrte Verschollene kann daher nicht nur die mittlerweile in sein Vermögen als vermeintliche Erben eingewiesenen Personen mit Klage belangen, sondern auch dritte Personen, welche Bestandtheile seines Vermögens besitzen, nur daß auch hier die Bestimmung des §. 824 a. b. G. B. analog angewendet werden muß. Die Klage des Verschollenen verjährt binnen 30 Jahren von der Einantwortung des Vermögens an die vermeintlichen Erben (einen anderen Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung stellt das preuß. Landr. II 18 §. 852 auf); nach dieser Zeit kann der Verschollene, wie schon nach älterem deutschem Recht (vgl. Kraut II S. 227), von den Besitzern seines Vermögens nichts mehr fordern. (Das preuß. Landr. II 18 §. 857 trifft für diesen Fall die zweckmäßige Bestimmung, daß der Verschollene von den Besitzern seines Vermögens den nothdürftigen Unterhalt fordern dürfe.)

daß sie um das Leben des Verschollenen wußten und diese ihre Wissenschaft arglistig verschwiegen, als gutgläubige Besitzer behandelt (§. 278 a. b. G. B.). Die Ehe, welche der zurückgelassene Ehegatte mittlerweile etwa geschlossen hat, erweist sich nunmehr als nichtig[37] und wird unter Beobachtung des für die Ungiltigkeitserklärung der Ehe vorgeschriebenen Verfahrens aufgelöst[38].

Man ist in der frühern Zeit, sowohl in der Theorie als in der Praxis und in der Gesetzgebung, ziemlich allgemein[39] von der Ansicht ausgegangen, daß, sobald das Leben eines Menschen erwiesen sei, die Fortdauer desselben so lange präsumirt werden müsse, bis der Tod desselben erwiesen oder die gerichtliche Todeserklärung ausgesprochen worden sei[40]. Man legte also dem Zeitpunkt des präsumtiven Todes die Bedeutung bei, daß er juristisch bis zum Beweise des Gegentheils als der eigentliche Todestag des Verschollenen anzusehen sei, daß also präsumirt werden müsse, der Verschollene habe bis dahin fortgelebt. Man hatte somit zwei Präsumtionen, eine Präsumtion des Todes und eine Präsumtion des Lebens und aus letzterer folgte insbesondere der praktisch wichtige Satz, daß alle Erbschaften und Vermächtnisse, welche dem Verschollenen angefallen sein würden, wenn er wirklich noch gelebt hätte, ihm auch ungeachtet seiner Verschollen-

37) Nach canon. Recht sind die in dieser zweiten nunmehr als nichtig erkannten Ehe erzeugten Kinder ehelich (c. 2. 8. 14 X. qui fil. sint legit. 4, 17), da die Grundsätze des matrim. putativum zur Anwendung kommen, vgl. Richter Kirchenrecht (4. Aufl.) §. 270, Schulte Handb. d. kathol. Eherechts S. 397. 463. 464. Nach österr. Recht dagegen müssen die Kinder aus dieser Ehe nach der freilich unbegreiflichen Ausnahmsbestimmung im §. 160 a. b. G. B. als unehelich angesehen werden, was in der That eine auffallende Härte ist (vgl. Dolliner in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1836 II S. 30. 34), um so auffallender als sonach Kinder, deren Eltern in Folge der feierlichen gerichtlichen Todeserklärung bona fide und unter der Autorisation der Gerichte zur Ehe geschritten sind, unehelich sind, während Kinder die ex coitu damnato in blutschänderischer Ehe erzeugt wurden, dafern nur ein Elterntheil in bona fide war, als eheliche Kinder betrachtet werden!

38) Vgl. Schulte S. 463.

39) So z. B. Leyser Med. ad Pand. spec. 95 med. 24, Glück VII S. 494, Haase Über Edictalladungen und Edictalproceße außerhalb des Concurses (1817) S. 88. 134 fg. Andere Zeugnisse s. bei Kraut II S. 255 Note 3. 4 und S. 258. 259. Doch fehlte es auch schon früher nicht an Schriftstellern, welche der entgegengesetzten Ansicht waren, wie z. B. Wesenbecius ad tit. D. de probat. nr. 6, Lyncker vol. I resp. 5 nr. 14.

40) Man drückt dieß dahin aus: Qui in absentis vita se fundat eam probare necesse non habet.

heit bis zur Todeserklärung anstelen, da bis dahin sein Leben präsumirt werde[41]. Diese Ansicht ist auch in das heutige österreichische Recht übergegangen[42]. Allein diese Auffassung, welche auch noch von neueren Schriftstellern vertheidigt wird[43], ist sicherlich unhaltbar und unbegründet[44]. Sie beruht nemlich auf einer irrigen und unzulässigen

---

41) In diesem Satz liegt die wichtigste praktische Bedeutung jener Präsumtion des Lebens, vgl. Kraut II §. 66.

42) §. 278 a. b. G. B. (vgl. dazu Kraut II S. 259 in der Note 12). Cropp (Abhandl. II S. 147 Note 8) ist daher im Irrthum, wenn er meint daß nach österr. Recht diese Präsumtion nicht gelte. Von dieser Präsumtion ist man in der österr. Gesetzgebung stets ausgegangen und die in der Note 49 angeführten Schwankungen in der Legislation haben jene Präsumtion nicht betroffen, ja sie haben sie vielmehr stets als bestehend vorausgesetzt. Von dieser Präsumtion geht denn auch das neueste Gesetz v. 9. Aug. 1854 über das gerichtl. Verfahren in Rechtsgeschäften außer Streitsachen aus. §. 181: „Ist dem Gerichte die Person eines Erben zwar bekannt, der Aufenthalt desselben aber unbekannt, so ist ein Curator für denselben zu bestellen, welchem zwar, wenn Aussicht vorhanden ist den Abwesenden auszuforschen und ihn von dem Erbfalle verständigen zu können, eine angemessene Frist hierzu bestimmt werden kann. Läßt sich jedoch die Ausforschung des Abwesenden nicht erwarten oder bleiben die Versuche hierzu ohne Erfolg, so hat das Gericht diesen Abwesenden auf Antrag des Curators — durch ein auf Ein Jahr gestelltes Edict — mit dem Beisatze von dem Erbfalle in Kenntniß zu setzen, daß die Erbschaft, wenn er während dieser Zeit weder selbst erscheinen noch einen Bevollmächtigten bestellen sollte, in seinem Namen von dem Curator angetreten, die Abhandlung gepflogen und der ihm gebührende reine Nachlaß bis zum Beweise seines Todes oder bis zu seiner erfolgten Todeserklärung für ihn bei Gericht aufbewahrt werden würde." — Unsere Schriftsteller erwähnen dieser wichtigen Frage gar nicht und nur aus gelegentlichen Äußerungen (z. B. Winiwarter I §. 49 a. E. in Verbindung mit dem, was er S. 126 sagt, Nippel Material. I S. 108) ist zu entnehmen, daß sie der irrigen Ansicht sind, es finde nach österr. Recht jene Präsumtion nicht statt.

43) So von Thibaut System 8. Aufl. §. 122 Note z, Glück XXXIII S. 291 fg. 398 fg., Holzschuher I S. 239 Nr. 7. S. 241 Nr. 10, Maurenbrecher I §. 128, Mittermaier I §. 147 Nr. IV, Beseler II S. 483 Note 7 (der aber mit sich selbst im Widerspruch steht vgl. I S. 308 lit. e), Gengler S. 78 Note 26 und insbes. Kraut Vormundsch. II S. 255—260, über dessen Ansicht vgl. auch Note 47.

44) Gegen jene Präsumtion des Lebens haben sich insbesondere ausgesprochen Cropp in der tüchtigen Abhandl. „Von der einem Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung deferirten Erbschaft" in seinen und Heise's Abhandl. (1830) Bd II Nr. V, Bolley Vermischte juristische Aufsätze (1830) Bd I Nr. III. („Gibt es eine Rechtsvermuthung für das Leben eines Verstorbenen?"), Pfeiffer Prakt. Ausführ. Bd IV Nr. XI und jetzt insbes. Schäffer in seiner trefflichen Abhandl. „Vom Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen" in der Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß N. F. Bd V Nr. VIII S. 396—435. — Der gleichen Ansicht sind Schweppe I §. 57 a §. 64, Weber Von der Verbindlichkeit zur Beweisführung 2. Ausg. S. 164, Mühlenbruch in der Forts. zu

Übertragung dessen, was bloß von Rechtszuständen gilt, auf rein factische Verhältnisse, indem sie fälschlich annimmt, daß ebenso wie z. B. das Eigenthumsrecht, wenn der Erwerb desselben rechtlich erwiesen wurde, so lange als fortdauernd angenommen werden müsse, bis nicht der Gegner das Aufhören desselben nachgewiesen habe, ebenso das Leben eines Menschen so lange als fortdauernd zu präsumiren sei, bis nicht der Tod desselben erwiesen wurde[45]. Diese Ansicht kehrt das natürliche Verhältniß geradezu um, indem sie an die Stelle der Ungewißheit des Lebens und des Todes eine Gewißheit in beiden Beziehungen setzt und aus einer Präsumtion zwei Präsumtionen macht, indem nunmehr, solange der Tod nicht präsumirt wird, das Leben präsumirt wird. Der Schluß, daß, da erst mit der gerichtlichen Todeserklärung der Tod präsumirt wird, bis dahin das Leben angenommen werden müsse[46], ist ein irriger, da die Todeserklärung nichts anders besagen will als daß mit Eintritt gewisser Voraussetzungen angenommen werden soll, der Verschollene habe nicht über jene Zeit hinaus gelebt, somit eine Grenze des Lebens gesetzt wird, von der angenommen wird, sie sei nicht überschritten worden, womit aber durchaus nicht die Affirmative gesetzt, also nicht die Vermuthung ausgesprochen ist, es habe der Verschollene auch wirklich bis zu jener Grenze gelebt, er habe sie zwar nicht überschritten, aber doch erreicht[47].

Glück's Comment. XLII S. 462 fg., Arndts §. 26, Bluntschli I §. 47, Renaud I §. 55, Gerber §. 34 (der aber §. 247 Note 4 mit sich in Widerspruch geräth), Walter §§. 107. 108.

45) Vgl. insbes. Cropp a. a. O. S. 447—456.

46) In ähnlicher Weise hat man auch in früherer Zeit und noch heutzutage (so z. B. Holzschuher I S. 239) aus Nov. CXVII c. 11 folgern zu können geglaubt daß, solange nicht der Tod eines Menschen bewiesen sei, sein Leben präsumirt werden müsse. Allein diese Stelle sagt bloß, daß von demjenigen, der den Tod eines Menschen behauptet, diese Behauptung erwiesen werden müsse (im fraglichen Fall von der Ehefrau die zu einer neuen Ehe schreiten will), sie sagt aber durchaus nicht daß jener, der die Fortdauer des Lebens eines Menschen behaupte, diese nicht zu beweisen habe. Die Fortdauer des Lebens ist so gut eine Thatsache wie das Aufhören des Lebens; wie die letztere Thatsache von Jedermann, der sich darauf beruft, bewiesen werden muß, ebenso die erstere. — Früher hat man sich für die hier bekämpfte Ansicht auch auf den Satz berufen, daß die Behauptung, Jemand lebe noch fort, eigentlich eine Negation enthalte, nemlich daß er nicht gestorben sei und daß Negationen nicht zu beweisen seien vgl. z. B. Leyser l. c. Allein mit der heutzutage allgemein anerkannten Unrichtigkeit des letzteren Satzes fällt diese Argumentation von selbst.

47) So sagt schon Lynker l. c. „Es folget nicht, post effluxum 70 an-

Während daher nach der richtigen Ansicht derjenige, welcher als Vertreter eines Verschollenen (curator absentis) Anspruch auf einen demselben nach dessen Verschwinden zugefallenen Erwerb macht welcher das Leben des Erwerbers voraussetzt, z. B. auf angefallene Erbschaften oder Vermächtnisse, beweisen muß, daß die Voraussetzung des Erwerbes vorhanden sei d. h. daß der Verschollene zur Zeit der Delation der Erbschaft wirklich gelebt habe: braucht nach der entgegengesetzten Ansicht, welche auch im österreichischen Rechte gilt, der Vertreter des Verschollenen (curator absentis)[48] diesen Beweis nicht zu führen, da der Verschollene so lange als fortlebend präsumirt wird, bis sein Tod erwiesen ist oder er als todt erklärt ist, so daß also der Vertreter des Verschollenen die dem Verschollenen zugefallene Erbschaft im Namen des Verschollenen antritt und erwirbt[49] und sie so

---

norum kann ein Auswärtiger nicht mehr am Leben sein, ergo ist er eben in dem 70. Jahre gestorben." Wenn Kraut II S. 258 fg. sich auf den Gerichtsgebrauch und die ältere und neuere Gesetzgebung beruft, so ist ihm allerdings darin beizustimmen, daß man früher von jener Präsumtion des Lebens ausgegangen sei und daß man daher jene Gesetze dem Princip der historischen Interpretation gemäß auf die gleiche Weise auslegen müsse. Dagegen kann man ihm durchaus nicht beistimmen, wenn er (S. 260) diese Präsumtion auch aus innern Gründen rechtfertigen zu können glaubt (vgl. gegen ihn auch Schäffer a. a. O. S. 406). Der praktische Vorzug, den er seiner Ansicht beilegt, dürfte durch das im Text weiter Ausgeführte wenigstens sehr problematisch werden und die Nachtheile, welche nach Kraut's Ansicht aus der Verwerfung jener Präsumtion hervorgehen sollen, lassen sich recht gut beseitigen, ohne daß es nöthig wird zu jener ganz verkehrten Präsumtion seine Zuflucht zu nehmen.

48) Gleich hier soll bemerkt werden daß die Curatel für Verschollene nach österr. Recht eine bloße Dativcuratel ist. Nach österr. Recht nemlich haben die zur Zeit des Verschwindens nächsten Erben des Verschollenen kein Recht auf die Verwaltung des Vermögens, und sollten sie auch von der Obrigkeit als Curatoren bestellt werden, so ziehen sie doch die Früchte des Vermögens nicht für sich, sondern sind wie andere Curatoren Abwesender zu behandeln. Diese Behandlungsweise dürfte richtiger und jedenfalls consequenter sein (vgl. Kraut selbst II S. 286) als die nach manchen Particularrechten geltende und von den Schriftstellern des gemeinen Rechts (z. B. Kraut S. 257 fg.. Walter §. 406—408, Gerber §. 247, Beseler II S. 484—485 u. A.) anempfohlene s. g. deutschrechtliche Curatel der Verschollenen durch die jeweiligen nächsten Erben mit Fruchtgenuß, welche, wenn man einmal eine successio ex nunc annimmt, als inconsequent und zwitterhaft erscheint, auf einer unzulässigen Verbindung von Verschollenheitserklärung und Todeserklärung beruht und zu vielen Widersprüchen führt, vgl. z. B. die Darstellung bei Beseler und Walter.

49) Die Frage, ob der curator absentis berechtigt sei für den Abwesenden überhaupt und insbes. für den Verschollenen eine Erbschaft anzutreten und sie in

lange verwaltet, bis sie mit dem Gesammtnachlaß des Verschollenen auf dessen Erben übergeht[50]. Zu welchen praktischen Inconvenienzen diese Auffassung führen müsse, leuchtet von selbst ein. Wenn sich z. B. ein Sohn auf einem gescheiterten Schiffe befunden hat und man von seinem Leben keine weitere Kunde erhielt, der Vater aber um seinen Schmerz nicht zu erneuen auf die gerichtliche Todeserklärung nicht anträgt, so wird nach dem Tode des z. B. ab intestato verstorbenen Vaters ein Curator bestellt, der die dem Verschollenen gebührende Erbschaft in Empfang nimmt und so lange verwaltet, bis der Tod des Verschollenen erwiesen ist oder derselbe als todt erklärt wurde; dann aber geht dieser Erbtheil auf jene Personen über, welche Erben des Verschollenen sind; in dem vorausgesetzten Fall fällt also der Erbtheil nicht auf die Brüder des Verschollenen allein, sondern auf sie und ihre Mutter, während wenn bei Lebzeiten des Vaters die gerichtliche Todeserklärung erfolgt wäre, der gesammte väterliche

dessen Namen zu erwerben, ist nach gemeinem Recht bekanntlich bestritten (vgl. Tropp a. a. O. §§. 13. 14 und Schäffer a. a. O. §. 3 einerseits, Kraut S. 261 fg. andererseits). In Österreich hat die Legislation hierüber geschwankt. Während nach dem Note 42 angef. §. 131 des Gesetzes v. 9. Aug. 1854 kein Zweifel darüber sein kann, daß der curator absentis hierzu berechtigt sei, hatte das Justizhofdecr. v. 4. Nov. 1846 (J. G. S. Nr. 1000) gerade die entgegengesetzte Entscheidung getroffen: „— Da es von den Erben abhängt, ob sie eine ihnen angefallene Erbschaft annehmen wollen und wider oder ohne ihren Willen ihnen keine Erbschaft aufgedrungen werden kann, so stellt sich die Bestellung von Curatoren für unbekannte oder abwesende Erben zu dem Ende, daß sie sich im Namen derselben erbserklären sollen, als eine ungesetzliche Praxis dar; — unbekannte Erben (sind) durch Edict vorzufordern, Abwesende deren Aufenthalt bekannt ist (sollen) durch besondere Intimation von dem Erbanfall verständigt werden und wenn binnen der gesetzlichen Frist sich Niemand erbserklärt, (ist) mit der hereditas jacens nach Vorschrift der Gesetze zu verfahren —." Es dürfte wohl kaum einem gegründeten Zweifel unterworfen sein, daß die Entscheidung, welche das Hofdecr. v. 4. Nov. 1846 getroffen hat und der sich auch noch das kais. Pat. v. 28. Juni 1850 §§. 76. 79 angeschlossen hatte, die richtige sei, vgl. Schäffer a. a. O. S. 411—421.

50) Eine weitere Folge der gesetzlichen Präsumtion des Lebens des Verschollenen besteht darin, daß die vor der Todeserklärung abgeschlossene neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten von amtswegen aufgelöst werden muß. Übrigens ergibt sich die gleiche Entscheidung auch in dem Fall, wenn man von der richtigen Ansicht ausgehend eine Präsumtion des Lebens des Verschollenen verwirft, weil, um die zweite Ehe für nichtig zu erklären, nur der Beweis geliefert zu werden braucht, daß die erste Ehe noch nicht aufgelöst sei, und man kann sich nicht etwa für die gegentheilige Ansicht auf c. 2 X. de secund. nupt. (4, 21) berufen. Vgl. Dolliner in der Zeitschrift f. österr. Rechtsgel. 1826 II S. 33. 34, der aber die angef. Bestimmung des canon. Rechts nicht richtig aufzufassen scheint.

Nachlaß auf die Söhne allein übergegangen wäre[51]. Nach österreichischem Rechte gestaltet sich aber dieses Verhältniß in besonders unbefriedigender Weise, weil das österreichische Gesetzbuch nicht so wie andere Legislationen[52] eine Grenze für die Präsumtion des Lebens aufstellt, so daß ein Verschollener, dessen Todeserklärung, da Niemand dabei interessirt war, bisher nicht nachgesucht wurde, nach hundert und mehr Jahren zu einem Erwerb berufen wird und davon Andere ausschließt und er nunmehr, „wo durch seine Todeserklärung etwas zu gewinnen ist, unmittelbar darauf von dem gleichen Rechte, welches ihn so eben erst von den Todten auferweckt hatte, abermals zu Grabe getragen wird“[53]. So muß z. B. für einen Urgroßvater, der vor vielen Jahren nach Amerika ausgewandert und verschollen ist, noch nach 100 und 200 Jahren, solange er nemlich nicht als todt erklärt wurde, ein Curator in allen Fällen aufgestellt werden, in welchen dem Verschollenen ein Intestaterbtheil oder ein Pflichttheil zu gute kommen würde, falls er noch lebte.

3. Insbesondere von der Priorität des Todes[1].

§. 28. Die Bestimmung des Zeitpunktes des Todes, insbesondere die Bestimmung, welche von mehreren Personen, deren Tod

---

51) Noch greller stellt sich dieser Fall dar, wenn der Vater ein Testament gemacht und den verschollenen Sohn, von dessen Tod er überzeugt ist, darin nicht bedacht hätte. In diesem Fall müßte ein Curator bestellt werden, um den Pflichttheil einzutreiben und ihn so lange zu Gunsten der Erben des Verschollenen zu bewahren, bis dessen Tod gerichtlich erklärt wurde. Und wie erst in dem Fall, wenn ein Vater, dessen einziger Sohn verschollen ist, ein Testament hinterläßt, worin er andere Personen zu Erben einsetzt; wird hier etwa der Curator des Verschollenen berechtigt sein, das ganze Testament auf Grundlage des §. 778 a. b. G. B. für entkräftet erklären zu lassen?

52) Das preuß. Landr. (I 4 §. 38) dehnt die Präsumtion des Lebens, wo es sich um den Erwerb von Rechten handelt nicht bis zum Tage der gerichtl. Todeserklärung aus, sondern nimmt an, daß der Verschollene nicht über 70 Jahre alt geworden sei. Auf gleiche Weise schränkt schon Leyser l. c. spec. 95 med. 24 i. f. die Präsumtion des Lebens ein: Unum tamen excipio casum si quis nempe vitam absentis, qui 70. aetatis annum complevit, alleget. Huic enim fortior — mortis praesumtio obstat atque onus probandi imponit. — Eine ähnliche Beschränkung enthält das Privatgesetzb. für den Canton Zürich I §. 48 vgl. dazu Bluntschli's Comment. I S. 27 ff.

53) Cropp in der angef. Abhandl. S. 156 Note 22.

1) Mühlenbruch im Arch. für die civilst. Praxis Bd IV S. 394—418, Gaedcke de jure commorientium. Rost. 1830.

gewiß ist, zuerst mit Tod abgegangen sei (Priorität[2] des Todes) ist in vielen Beziehungen von Wichtigkeit, so für die Frage, welche von zwei verstorbenen Personen der anderen Intestaterbe geworden sei, dafern beide Theile einander beerben und beide wieder verschiedene Erben haben[3]; eben so wenn von dem Überleben der einen Person die Wirksamkeit gewisser vertragsmäßiger oder letztwilliger Verfügungen abhängt[4]. Entsprechend der praktischen Wichtigkeit, welche die Gewißheit des Zeitpunktes des Todes hat, ist durch passende Vorschriften für eine gehörige Feststellung desselben gesorgt. So wird in den Todtenscheinen Tag und Stunde des Todes angegeben; so muß in dem Falle, wenn der Beweis des Todes durch Zeugen geführt wurde, in dem betreffenden Urtheile der aus den Zeugenaussagen hervorgehende Zeitpunkt des Todes bestimmt angegeben werden[5] und in manchen Fällen wird durch ärztliches Gutachten der Zeitpunkt des Todes festgesetzt werden können[6]. Es gibt jedoch Fälle, in welchen dieser Zeitpunkt auf keine Weise sichergestellt werden kann. Da nun von der Priorität des Todes wichtige Rechte abhängen, so fragt es sich, wie es in Fällen dieser Art zu halten sei[7]. Das österreichische Recht[8] stellt in dieser Beziehung gar keine rechtliche Vermuthung

---

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 394 übersetzt Priorität mit „Erstigkeit."

3) So z. B. in dem Fall, wenn Vater und Sohn sterben, da die Intestaterbfolge in das Vermögen des Vaters in einer anderen Ordnung stattfindet als jene in das Vermögen des Sohns.

4) So z. B. wenn die eine Person die andere im Testament zum Erben eingesetzt hat, da zur Wirksamkeit dieser Einsetzung das Überleben des Eingesetzten erforderlich ist, §. 536 a. b. G. B.

5) Hofkzlbeer. v. 17. Febr. 1826 §. 6 und §. 498 der siebenbürg. und ungar. Gerichtsordnung.

6) Mühlenbruch S. 392. 393, Stubenrauch I S. 437. Gaedeke l. c. p. 24. 443 sq. läugnet mit Unrecht die Möglichkeit eines medicinischen Kunstbeweises.

7) Die Frage betrifft sowohl den Fall, wenn bei zwei verstorbenen Personen der Todes tag ungewiß ist, als wenn der Todestag gewiß ist und die Stunde oder der Moment des Todes ungewiß ist.

8) Das römische Recht stellt bekanntlich in dieser Beziehung eine praesumtio juris auf, über deren Umfang unter den Civilisten jedoch Streit herrscht; vgl. einerseits Mühlenbruch a. a. O. S. 399, dem Wening I §. 58, theilweise auch Fritz Erläuter. I S. 436 und Kierulff S. 90. 94 fg. folgen, andrerseits die meisten übrigen Schriftsteller, wie Savigny II S. 20, Wangerow I S. 84 und die bei diesem zahlr. angef. Schriftsteller. — Da sich aber diese Präsumtion des röm. Rechts aus inneren Gründen wohl nicht rechtfertigen

(praesumtio juris) auf. Es gilt nach demselben die Regel[9] ausnahmslos[10], daß diejenige Person, welche auf den Tod eines Anderen einen Anspruch baut, zu dessen Begründung der Beweis des früheren Todes erforderlich ist, diesen Anspruch nicht durchsetzen kann, wenn sie nicht den Beweis erbringt, daß die eine Person die andere überlebt habe. Diese Regel drückt man kürzer dahin aus, es werde angenommen, vermuthet, es sei Keiner vor dem Anderen gestorben (§. 25 a. b. G. B.)[11]. Es kommt hiermit Alles darauf an, wen die Beweislast trifft; da vorausgesetzter Maßen der Beweis nicht erbracht werden kann, so wird derjenige, der auf den frühern Tod einer Person sein Recht stützt, dieses nicht durchsetzen können[12]. Daher wird z. B., wenn von zwei verstorbenen Personen eine die andere zum Erben eingesetzt hat, der Erbe der eingesetzten Person aus dem Testamente des Commorienten nichts fordern können, weil er vorausgesetzter Maßen nicht beweisen kann, daß der eingesetzte Erbe den Erblasser überlebt und daher sein Erbrecht transmittirt habe (§. 536 a. b. G. B.)[13]. Umgekehrt dagegen wird z. B. eine Schenkung auf den Todesfall (§. 956 a. b. G. B.), welche schon vollzogen ist, per-

---

lassen dürfte (vgl. Bluntschli I S. 46 Note * und Bornemann I S. 79) so sind das preuß. Landr. (I 4 §. 39; 12 §. 464, dieses im Ausdruck noch mit bestimmter Opposition gegen das röm. Recht) und diesem folgend das österr. Gesetzb. vom röm. Recht abgewichen. Was Mühlenbruch a. a. O. Note 44 gegen diese beiden Gesetzbücher in dieser Beziehung sagt, ist ganz unbegründet.

9) l. 18 pr. D. de reb. dub. (34, 5) — si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

10) Die älteren und selbst manche neuere Schriftsteller haben in dieser Beziehung oft ganz willkürliche Präsumtionen aufgestellt, so z. B. daß der Ältere vor dem Jüngeren, der Stärkere nach dem Schwächeren, das Weib vor dem Manne gestorben sei u. dgl. m., s. dagegen Mühlenbruch S. 392—394, Bangerow I S. 80.

11) Es ist also in der Bestimmung des §. 25 a. b. G. B. durchaus keine rechtliche Vermuthung (praes. juris) zu sehen, wie unsere Schriftsteller meinen (z. B. Schuster I S. 334, Rippel I S. 463, Winiwarter I S. 434. 432, Stubenrauch I 439. 440, bei welch letzterem sich jedoch theilweise die richtige Auffassung geltend macht, und Harum im Magaz. X S. 247. 248) und darüber streiten, ob jene angebliche Präsumtion eine analoge Anwendung zulasse oder nicht.

12) Vgl. Puchta Vorles. I S. 235, Kierulff S. 90 Note **, Holzschuher I S. 243.

13) Kommen Vater und Sohn zugleich um, ohne daß sich erweisen ließe, wer von ihnen früher gestorben sei, so nehmen die übrigen Kinder, wenn der Vater

gewiß ist, zuerst mit Tod abgegangen sei (Priorität[2] des Todes) ist in vielen Beziehungen von Wichtigkeit, so für die Frage, welche von zwei verstorbenen Personen der anderen Intestaterbe geworden sei, dafern beide Theile einander beerben und beide wieder verschiedene Erben haben[3]; eben so wenn von dem Überleben der einen Person die Wirksamkeit gewisser vertragsmäßiger oder letztwilliger Verfügungen abhängt[4]. Entsprechend der praktischen Wichtigkeit, welche die Gewißheit des Zeitpunktes des Todes hat, ist durch passende Vorschriften für eine gehörige Feststellung desselben gesorgt. So wird in den Todtenscheinen Tag und Stunde des Todes angegeben; so muß in dem Falle, wenn der Beweis des Todes durch Zeugen geführt wurde, in dem betreffenden Urtheile der aus den Zeugenaussagen hervorgehende Zeitpunkt des Todes bestimmt angegeben werden[5] und in manchen Fällen wird durch ärztliches Gutachten der Zeitpunkt des Todes festgesetzt werden können[6]. Es gibt jedoch Fälle, in welchen dieser Zeitpunkt auf keine Weise sichergestellt werden kann. Da nun von der Priorität des Todes wichtige Rechte abhängen, so fragt es sich, wie es in Fällen dieser Art zu halten sei[7]. Das österreichische Recht[8] stellt in dieser Beziehung gar keine rechtliche Vermuthung

---

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 394 übersetzt Priorität mit „Erstigkeit."

3) So z. B. in dem Fall, wenn Vater und Sohn sterben, da die Intestaterbfolge in das Vermögen des Vaters in einer anderen Ordnung stattfindet als jene in das Vermögen des Sohns.

4) So z. B. wenn die eine Person die andere im Testament zum Erben eingesetzt hat, da zur Wirksamkeit dieser Einsetzung das Überleben des Eingesetzten erforderlich ist, §. 536 a. b. G. B.

5) Hofkzldecr. v. 17. Febr. 1826 §. 6 und §. 198 der siebenbürg. und ungar. Gerichtsordnung.

6) Mühlenbruch S. 392. 393, Stubenrauch I S. 137. Gaedcke l. c. p. 21. 143 sq. läugnet mit Unrecht die Möglichkeit eines medicinisch[illegible] Kunstbeweises.

7) Die Frage betrifft sowohl den Fall, wenn bei zwei verstor[illegible] der Todestag ungewiß ist, als wenn der Todestag gewiß i[illegible] oder der Moment des Todes ungewiß ist.

8) Das römische Recht stellt b[illegible] sumtio juris auf, über deren Umfa[illegible] vgl. einerseits Mühlenbruch [illegible] theil- weise auch Fritz Erläute[illegible] folgen, andrerseits die mei[illegible] Bange- row I S. 81 [illegible] Da sich [illegible] diese Präsu[illegible]

(praesumtio juris) auf. Es gilt nach demselben die Regel[9] ausnahmslos[10], daß diejenige Person, welche auf den Tod eines Anderen einen Anspruch baut, zu dessen Begründung der Beweis des früheren Todes erforderlich ist, diesen Anspruch nicht durchsetzen kann, wenn sie nicht den Beweis erbringt, daß die eine Person die andere überlebt habe. Diese Regel drückt man kürzer dahin aus, es werde angenommen, vermuthet, es sei Keiner vor dem Anderen gestorben (§. 25 a. b. G. B.)[11]. Es kommt hiermit Alles darauf an, wen die Beweislast trifft; da vorausgesetzter Maßen der Beweis nicht erbracht werden kann, so wird derjenige, der auf den frühern Tod einer Person sein Recht stützt, dieses nicht durchsetzen können[12]. Daher wird z. B., wenn von zwei verstorbenen Personen eine die andere zum Erben eingesetzt hat, der Erbe der eingesetzten Person aus dem Testamente des Commorienten nichts fordern können, weil er vorausgesetzter Maßen nicht beweisen kann, daß der eingesetzte Erbe den Erblasser überlebt und daher sein Erbrecht transmittirt habe (§. 536 a. b. G. B.)[13]. Umgekehrt dagegen wird z. B. eine Schenkung auf den Todesfall (§. 956 a. b. G. B.), welche schon vollzogen ist, per-

---

lassen dürfte (vgl. Bluntschli I S. 46 Note * und Bornemann I S. 79) so sind das preuß. Landr. (I 1 §. 39; 12 §. 461, dieses im Ausdruck noch mit bestimmter Opposition gegen das röm. Recht) und diesem folgend das österr. Gesetzb. vom röm. Recht abgewichen. Was Mühlenbruch a. a. O. Note 11 gegen diese beiden Gesetzbücher in dieser Beziehung sagt, ist ganz unbegründet.

9) l. 18 pr. D. de reb. dub. (34, 5) — si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

10) Die älteren und selbst manche neuere Schriftsteller haben in [illegible] ganz willkürliche Präsumtionen aufgestellt, so z. B. daß der [illegible] der [illegible]ren, der Stärkere nach dem Schwächeren, das [illegible] [illegible] u. dgl. m., s. dagegen Mühlenbruch S. [illegible] [illegible]

[illegible] also in der Bestimmung des §. 25 a. b. G. B. [illegible] [illegible]rmuthung (praes. juris) zu sehen, [illegible] Schuster I S. 331, Nippel I S. [illegible] [illegible], Stubenrauch I 139. 140, bei [illegible] [illegible]ffassung geltend macht, und [illegible] [illegible]ten, ob jene angebliche [illegible]

[illegible] Vorles. I S. 235, [illegible]

[illegible] und Sohn [illegible] [illegible]en sei, so [illegible]

fect, da der Erbe des Schenkers, um zu condiciren, den Beweis führen müßte, daß der Beſchenkte den Schenker nicht überlebt habe, was er vorausgeſetzter Weiſe nicht kann [14]; dagegen wird z. B. das Rückforderungsrecht der dos recepticia (§. 1229 a. b. G. B.), welches ſich ein Dritter vorbehalten hat, ausgeübt werden können, wenn es auf den Fall beſtimmt war, daß die Frau in der Ehe ſterbe, da wenn ſich die Priorität des Todes des Mannes oder der Frau nicht erweiſen läßt, die Frau ſicher als in der Ehe geſtorben anzuſehen iſt [15].

A. Rechtsfähigkeit der natürlichen Perſonen.

I. Von der Rechtsfähigkeit im Allgemeinen.

§. 29. Mit der Exiſtenz der natürlichen einzelnen Perſon iſt ihre Rechtsfähigkeit noch nicht von ſelbſt gegeben. Hierzu bedarf es einer geſetzlichen Beſtimmung, einer objectiven Norm, welche der natürlichen Individualität juriſtiſche Perſönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit zugeſteht. Perſon im techniſchen juriſtiſchen Sinn heißt der Menſch, inſofern er Träger von Rechten iſt [1]. In der neueren Zeit herrſcht in

---

ab intestato ſtarb, den ganzen Nachlaß des Vaters in Anſpruch, und die Mutter kann nicht auf einen Antheil an dem väterlichen Erbtheil des mitverſtorbenen Sohnes dringen, weil ſie hierzu den früheren Tod des Sohnes beweiſen müßte, was ſie vorausgeſetzter Maßen nicht kann §§. 732. 735. 736 a. b. G. B.

14) l. 26 D. de m. c. donat. (39, 6) Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserint neutrius heres repetet: quia neuter alteri supervixit. Wäre die Schenkung noch nicht vollzogen, ſo könnte der Erbe des Beſchenkten nicht auf Erfüllung klagen, da er hierzu beweiſen müßte, daß ſein beſchenkter Erblaſſer den Schenker überlebt habe; vgl. l. 32 §. 14 de don. int. vir. et uxor. (24, 1) l. 8 D. de reb. dub. (34, 5).

15) l. 9 §. 3 D. de reb. dub. (34, 5) Si maritus et uxor simul perierint stipulatio de dote ex capitulo si in matrimonio mulier decessisset habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse. cf. l. 16 pr. eod.

1) Über den Ausdruck persona vgl. Savigny Syſtem II S. 32. 33, über die etymologiſche Ableitung desſelben Böcking I §. 30 Note 3. In früherer Zeit wurde bei den Römern der Ausdruck persona allgemein für jeden einzelnen Menſchen, alſo auch für den Sclaven gebraucht (vgl. die Stellen bei Savigny Note e); erſt in ſpäterer Zeit wurde der Ausdruck Perſon auf rechtsfähige Menſchen beſchränkt (Nov. Theodos. tit. 17, vgl. Schilling Inſtitut. II §. 24 Note g). Die Neueren gebrauchen Perſönlichkeit gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit überhaupt oder mit der Fähigkeit in Beziehung auf beſtimmte Rechtsverhältniſſe (z. B. persona standi in judicio). In dieſer engeren Bedeutung iſt

den civilisirten Staaten eine allgemeine Rechtsvorschrift, wonach jeder Mensch als Person anerkannt wird. Diese Anerkennung der Rechtsfähigkeit eines jeden Menschen spricht das österreichische Gesetzbuch in §. 16 aus[2]. Sclaverei d. i. gänzliche Aufhebung der Persönlichkeit und Leibeigenschaft d. i. eine der gänzlichen Aufhebung nahe kommende Verminderung der Rechtsfähigkeit[3] ist in Österreich nicht gestattet. Dieß gilt daher auch in Ansehung fremder Sclaven; jeder Sclave ist frei, sobald er österreichisches Gebiet betritt[4] und jeder Fremde, welcher aus einem Sclaven haltenden Lande kommt, ist beim Eintritt in die österreichischen Staaten in Kenntniß zu setzen, daß in Österreich Sclaverei nicht geduldet werde[5]. Bringt ein Fremder Sclaven nach Österreich mit, so ist das Verhältniß von den hiesigen Gerichten als ein Vertragsverhältniß aufzufassen und der Fremde kann über den Sclaven nur jene Herrschaft ausüben, welche das österreichische Recht über das Gesinde gestattet[6].

Obgleich nun jedem Menschen als solchem Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit zukommt, so braucht doch der Umfang, in welchem den einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit zukommt, nicht bei allen der gleiche zu sein. Es gibt manche Veranlassungen, welche eine

---

der Ausdruck Person in der Phrase unus homo plures sustinet personas zu nehmen; vgl. Sintenis I §. 43 Note 1.

2) Vgl. Stubenrauch Einige Worte zur Erläuterung des §. 16 des allg. bürgerlichen Gesetzbuchs in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1844 I S. 193—198. — Die Consequenzen, welche das österr. Gesetzbuch im §. 17 u. §. 18 aus dem §. 16 zieht, sind nichts anderes als ein durchaus unfruchtbarer und müßiger Niederschlag des zur Zeit der Abfassung des a. b. G. B. in voller Blüte stehenden rationalistischen Naturrechts.

3) Das Geschichtliche über die Leibeigenschaft nach gemeinem Recht s. bei Walter Deutsche Rechtsgeschichte §§. 359—380 und bei den von Gerber System §. 38 Note 2 angef. Schriftstellern, nach österr. Recht bei Stubenrauch Commentar I S. 116. — Das an die Stelle der Leibeigenschaft getretene Unterthänigkeitsverhältniß ist durch Patent v. 7. Sept. 1848, dessen Bestimmungen durch a. h. Cabinetsschr. v. 31. Dec. 1851 bestätigt wurden, in ganz Österreich aufgehoben worden.

4) Hofdecr. v. 19. Aug. 1826 Anhang Nr. 3. Ganz unzulässig ist die Ausnahme, welche Stubenrauch Comment. I S. 114 in Ansehung der Sclaven eines fremden Gesandten machen will.

5) Hofkzldecr. v. 19. April 1830, Michel Nr. 28.

6) Vgl. Kind Quaestiones forenses Tit. II c. 77. — Hierüber sind mit Recht alle unsere Schriftsteller einig; vgl. Stubenrauch in der angef. Abhandl. S. 194 fg.

Minderung der Rechtsfähigkeit gewisser Classen von Personen, eine Modification der Rechtsfähigkeit in gewissen Beziehungen herbeiführen. Diese Modificationen der Rechtsfähigkeit nach österreichischem Recht bilden den Gegenstand der folgenden Darstellung.

Das römische Recht kennt drei große Stufen der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen (Status): die Freiheit (libertas), das Bürgerrecht (civitas) und den Familienstand (familia). Hiernach werden die natürlichen Personen in Freie und Sclaven (liberi und servi), die Freien in Bürger und Ausländer (cives und peregrini), die Bürger in homines sui juris und homines alieni juris eingetheilt. Im Zusammenhang hiermit steht die dreifache capitis diminutio (maxima media minima), über deren eigentliches Wesen freilich die Ansichten der Schriftsteller weit auseinander gehen[7]. Im heutigen gemeinen Recht und insbesondere im österreichischen Recht sind diese drei Status und die Verminderungen derselben gänzlich hinweggefallen. Der Gegensatz der Freiheit und der Sclaverei ist gänzlich aufgehoben; der Unterschied zwischen Bürgern und Nichtbürgern, Inländern und Ausländern begründet im heutigen Recht keinen Unterschied der Privatrechtsfähigkeit mehr (vgl. unten §§. 39. 40) und es kann daher heutzutage weder von einer capitis diminutio maxima noch media die Rede sein. Der dritte Gegensatz zwischen paterfamilias und filiusfamilias, welcher sich schon im neuesten römischen Recht dahin abgeschwächt hat, daß er nicht den Mangel der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des in der väterlichen Gewalt stehenden Sohnes, sondern nur den Mangel der selbständigen vermögensrechtlichen Persönlichkeit desselben bedeutet[8], besteht nach österreichischem Recht selbst in dieser Gestalt nicht mehr. Der Sohn, der in der väterlichen Gewalt steht, ist auch in vermögensrechtlicher Beziehung eine vollkommen selbständige Persönlichkeit; alle Beschränkungen, denen er in Beziehung auf sein Vermögen unterworfen ist, ergeben sich nicht

7) Vgl. einerseits Savigny System II §. 65—75 und Beil. VI, Puchta Institut. II §. 210—220 u. Pandekt. §. 116, Schilling Institut. II §. 26—33; andererseits Vangerow Pandekt. I §. 84 und neuerlichst die abweichenden Ansichten von Böcking I §. 58 u. v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Hft II (1852) Nr. IX Capitis diminutio (S. 282—269).

8) Vgl. hierüber Savigny II S. 53—58, Puchta Pandekt. §. 118 und Vorles. I S. 236—238.

aus der Abhängigkeit des Sohnes von der väterlichen Gewalt, nicht daraus daß er filiusfamilias und als ſolcher etwa nicht sui juris iſt, ſondern aus dem Umſtand, daß der in der väterlichen Gewalt Befindliche minderjährig und als Minderjähriger gleich jedem andern Minderjährigen in ſeiner Handlungsfähigkeit beſchränkt iſt und eines Vertreters bedarf, welcher im fraglichen Fall der Vater iſt (§. 1034 a. b. G. B.)[9]. Daher kann nach öſterreichiſchem Recht zwiſchen Vater und Sohn nicht bloß ein naturales[10], ſondern ein civiles Obligationsverhältniß und daher auch eine Civilklage[11] zwiſchen beiden ſtattfinden (§. 271. 1495 a. b. G. B.); und der Sohn kann[12], wenn er das gehörige Alter erreicht hat (§. 569 a. b. G. B.), gleich jedem Minderjährigen über ſein Vermögen teſtiren[13]. — Im Zuſammenhang mit dieſer Veränderung der Rechtsauffaſſung ſteht eine Änderung im Sprachgebrauch. Während nach römiſchem Recht die Ausdrücke homo sui juris und homo alieni juris einen Gegenſatz der perſonenrechtlichen Stellung bedeuten, indem der homo alieni juris unter einer fremden privatrechtlichen Gewalt (potestas, manus, mancipium) ſteht, und während nach römiſchem Recht nur der homo sui juris unter Vormundſchaft ſtehen kann[14], gebraucht man in der öſterreichiſchen Rechtsſprache ſowohl von Seiten der

---

9) Daß der Hausſohn vor Gericht nicht als Kläger auftreten kann, erklärt ſich für unſer öſterr. Recht aus ſeiner Qualität als Minderjähriger §. 248 a. b. G. B. (Über das röm. Recht vgl. Puchta Vorleſ. I S. 238 Nr. 5.)

10) Wie nach röm. Recht l. 38 pr. § 1. 2 D. de condict. indeb. (12, 6), vgl. Savigny II S. 54 Note h.

11) Anders nach röm. Recht l. 4 l. 11 D. de jud. (5, 1).

12) Anders nach röm. Recht vgl. Puchta Pandekt. §. 463, Arndts Pandekt. §. 484.

13) Daher kann auch für unſer öſterr. Recht keine Rede ſein von einer capitis diminutio minima, welche wohl auch ſchon für das gemeine Recht ihre praktiſche Bedeutung verloren hat (vgl. Savigny II §. 75, Puchta Pandekt. §. 446, Arndts Pandekt. §. 28 a. E.; Vangerow I S. 90. 94 iſt freilich noch immer anderer Anſicht). Der Sohn, der aus der väterlichen Gewalt hinaustritt, der paterfamilias, der ſich adoptiren läßt, erleidet durchaus keine Veränderung ſeiner Rechtsfähigkeit und ſeine bereits beſtehenden Vermögensrechte bleiben unverändert. — Nur in Einem Fall könnte man für das heutige Recht von einer wahren capitis diminutio minima ſprechen, nemlich im Fall des Eintritts einer Perſon in ein Kloſter unter Ablegung des Gelübdes der Armuth.

14) pr. I de tut. (1, 13) Nam ex his personis quae in potestate non sunt quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur. Vgl. insbeſondere Böcking I S. *24. *25 und Note 14 daſ.

Gesetzgebung[15] als der juristischen Schriftsteller die Ausdrücke homo sui juris (selbständig, eigenberechtigt) und homo alieni juris (unselbständig), um den Gegensatz der Freiheit oder Abhängigkeit von einer vormundschaftlichen Gewalt (wohin im Einklange mit dem deutschen Recht auch die väterliche Gewalt gehört) zu bezeichnen.

II. Modificationen der Rechtsfähigkeit.

1. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Verschiedenheit der Religion.

§. 30. I. In Deutschland hatte seit der Reformation die Verschiedenheit der drei großen Hauptbekenntnisse der christlichen Religion einen wichtigen Einfluß auf die Rechtsfähigkeit geübt. Durch den westphälischen Frieden[1] wurde dieser Einfluß für das gemeine Recht beseitigt, und wenn sich auch in den Particularstaaten ein Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit fortwährend äußerte, so betraf dieß doch immer nur die Rechtsfähigkeit in staatsrechtlicher, nicht aber jene in privatrechtlicher Beziehung[2]. Die Gleichstellung der drei großen christlichen Religionsparteien in privatrechtlicher (und staatsrechtlicher) Beziehung ist durch die deutsche Bundesacte von 1815 Art. 16 ausdrücklich ausgesprochen[3] und ergibt sich für sämmtliche Länder Österreichs schon aus der Fassung des §. 39 a. b. G. B., wonach die Verschiedenheit des Religionsbekenntnisses auf die Privatrechtsfähigkeit in der Regel keinen Einfluß hat[4]. — Der Unterschied der drei christlichen Glaubensbekenntnisse hat sonach in Österreich auf die Privatrechtsfähigkeit und überhaupt

---

15) So z. B. Auswanderungspat. v. 24. März 1832 §. 2 lit. a.

1) Instr. Pac. Osnabr. art. V §. 35.

2) Vgl. Gerber System §. 43, Walter Deutsches Privatr. §. 77.

3) Obgleich die Bundesacte allgemein und überhaupt von christlichen Religionsparteien spricht, so ist man doch mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 16 darüber einig, daß sich die Bestimmung derselben nur auf die drei großen christlichen Religionsparteien beziehe; vgl. Klüber Acten des Wien. Congr. II S. 439 fg., Zachariä Deutsches Staats- u. Bundesr. I S. 230, Gerber a. a. O.

4) Vgl. schon das Toleranzpat. v. 13. Oct. 1781 Art. 7. Heutzutage kann die staats- und privatrechtliche Gleichstellung der Protestanten mit den Katholiken keinem Zweifel unterworfen sein.

auf die Privatrechtsverhältnisse in der Regel gar keinen Einfluß. Insbesondere kann der Übertritt von einem christlichen Glaubensbekenntniß zum andern keine Änderung der Rechtsfähigkeit bewirken und gibt auch keinen rechtlichen Grund der Enterbung ab[5]. Der Genuß gewisser vermögensrechtlicher Vortheile kann aber natürlich fortwährend durch Privatdisposition an ein gewisses christliches Religionsbekenntniß geknüpft sein z. B. Pfründen, Stiftungen, Fideicommisse u. s. f., da hierin keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, sondern nur eine erlaubte Geltendmachung der Privatüberzeugung zu sehen ist[6].

II. Während die Juden im römischen Reich gleiches Recht mit den Christen genossen[7], war ihre Lage im deutschen Reich eine ganz andere[8]. Sie wurden vermöge ihrer Religion und Nationalität als Fremde angesehn, von der allgemeinen Rechtsfähigkeit ausgeschlossen und bedurften daher eines besondern Schutzes. Wurde ihnen auch derselbe zu Theil, so blieben sie doch in vielen Beziehungen und so auch in privatrechtlicher Hinsicht mannigfach beschränkt und zurückgesetzt[9]. In Österreich waren die Juden vor dem Jahr 1848 in ihrer Rechtsfähigkeit gleichfalls vielfach beschränkt[10]. Diese Beschränkungen

---

5) Vgl. Walter a. a. O. Nr. V §. 768 Nr. 4 §. 769 a. b. G. B. Dagegen würde der Übertritt zu einer andern vom Staat nicht anerkannten christlichen Religionssecte z. B. zum Deutschkatholicismus (Minister. Verordn. v. 16. Nov. 1851, R. G. B. Nr. 246) allerdings einen Enterbungsgrund bilden.

6) Vgl. Gerber Note 6, Walter Nr. VI. Die vielbestrittene Frage, ob die Bedingung die Religion zu ändern eine conditio turpis sei oder nicht, wird in der Lehre von den Bedingungen besprochen werden.

7) Vgl. Schilling Institut. II §. 45, Savigny System II §. 84.

8) Das Geschichtliche über die politische und privatrechtliche Stellung der Juden im deutschen Reich s. bei Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §§. 297. 350, Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 405 fg.; vgl. auch Walter Deutsches Privatr. §. 78—80, Mittermaier I §. 116 fg., Gerber §. 44 und Kaim im Rechtslex. Art. Juden Bd V S. 843—868.

9) Diese Beschränkungen bestanden insbesondere in der Ausschließung vom Erwerb des Grundeigenthums; im Verbot der Cession von Forderungen der Juden gegen Christen an Christen, welche als cessio in potentiorem aufgefaßt wurde; in der hin und wieder vorkommenden Unzulässigkeit ihres Zeugnisses gegen Christen; in der Nothwendigkeit gerichtlicher Mitwirkung bei Verträgen zwischen Juden und Christen; in der geringen Beweiskraft ihrer Handelsbücher; in der Ausschließung jüdischer Ehefrauen von den Dotalprivilegien.

10) Vgl. das Nähere hierüber bei Barth von Barthenheim Beiträge zur politischen Gesetzkunde (1824) Bd I Abthl. I.

lange verwaltet, bis sie mit dem Gesammtnachlaß des Verschollenen auf dessen Erben übergeht[50]. Zu welchen praktischen Inconvenienzen diese Auffassung führen müsse, leuchtet von selbst ein. Wenn sich z. B. ein Sohn auf einem gescheiterten Schiffe befunden hat und man von seinem Leben keine weitere Kunde erhielt, der Vater aber um seinen Schmerz nicht zu erneuen auf die gerichtliche Todeserklärung nicht anträgt, so wird nach dem Tode des z. B. ab intestato verstorbenen Vaters ein Curator bestellt, der die dem Verschollenen gebührende Erbschaft in Empfang nimmt und so lange verwaltet, bis der Tod des Verschollenen erwiesen ist oder derselbe als todt erklärt wurde; dann aber geht dieser Erbtheil auf jene Personen über, welche Erben des Verschollenen sind; in dem vorausgesetzten Fall fällt also der Erbtheil nicht auf die Brüder des Verschollenen allein, sondern auf sie und ihre Mutter, während wenn bei Lebzeiten des Vaters die gerichtliche Todeserklärung erfolgt wäre, der gesammte väterliche

dessen Namen zu erwerben, ist nach gemeinem Recht bekanntlich bestritten (vgl. Cropp a. a. O. §§. 13. 14 und Schäffer a. a. O. §. 3 einerseits, Kraut S. 261 fg. andererseits). In Österreich hat die Legislation hierüber geschwankt. Während nach dem Note 42 angef. §. 131 des Gesetzes v. 9. Aug. 1854 kein Zweifel darüber sein kann, daß der curator absentis hierzu berechtigt sei, hatte das Justizhofdecr. v. 4. Nov. 1846 (J. G. S. Nr. 1000) gerade die entgegengesetzte Entscheidung getroffen: „— Da es von den Erben abhängt, ob sie eine ihnen angefallene Erbschaft annehmen wollen und wider oder ohne ihren Willen ihnen keine Erbschaft aufgedrungen werden kann, so stellt sich die Bestellung von Curatoren für unbekannte oder abwesende Erben zu dem Ende, daß sie sich im Namen derselben erbserklären sollen, als eine ungesetzliche Praxis dar; — unbekannte Erben (sind) durch Edict vorzufordern, Abwesende deren Aufenthalt bekannt ist (sollen) durch besondere Intimation von dem Erbanfall verständigt werden und wenn binnen der gesetzlichen Frist sich Niemand erbserklärt, (ist) mit der hereditas jacens nach Vorschrift der Gesetze zu verfahren —." Es dürfte wohl kaum einem gegründeten Zweifel unterworfen sein, daß die Entscheidung, welche das Hofdecr. v. 4. Nov. 1846 getroffen hat und der sich auch noch das kais. Pat. v. 28. Juni 1850 §§. 76. 79 angeschlossen hatte, die richtige sei, vgl. Schäffer a. a. O. S. 411—421.

50) Eine weitere Folge der gesetzlichen Präsumtion des Lebens des Verschollenen besteht darin, daß die vor der Todeserklärung abgeschlossene neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten von amtswegen aufgelöst werden muß. Übrigens ergibt sich die gleiche Entscheidung auch in dem Fall, wenn man von der richtigen Ansicht ausgehend eine Präsumtion des Lebens des Verschollenen verwirft, weil, um die zweite Ehe für nichtig zu erklären, nur der Beweis geliefert zu werden braucht, daß die erste Ehe noch nicht aufgelöst sei, und man kann sich nicht etwa für die gegentheilige Ansicht auf c. 2 X. de secund. nupt. (4, 21) berufen. Vgl. Dolliner in der Zeitschrift f. österr. Rechtsgel. 1826 II S. 33. 34, der aber die angef. Bestimmung des canon. Rechts nicht richtig aufzufassen scheint.

Nachlaß auf die Söhne allein übergegangen wäre[51]. Nach österreichischem Rechte gestaltet sich aber dieses Verhältniß in besonders unbefriedigender Weise, weil das österreichische Gesetzbuch nicht so wie andere Legislationen[52] eine Grenze für die Präsumtion des Lebens aufstellt, so daß ein Verschollener, dessen Todeserklärung, da Niemand dabei interessirt war, bisher nicht nachgesucht wurde, nach hundert und mehr Jahren zu einem Erwerb berufen wird und davon Andere ausschließt und er nunmehr, „wo durch seine Todeserklärung etwas zu gewinnen ist, unmittelbar darauf von dem gleichen Rechte, welches ihn so eben erst von den Todten auferweckt hatte, abermals zu Grabe getragen wird“[53]. So muß z. B. für einen Urgroßvater, der vor vielen Jahren nach Amerika ausgewandert und verschollen ist, noch nach 100 und 200 Jahren, solange er nemlich nicht als todt erklärt wurde, ein Curator in allen Fällen aufgestellt werden, in welchen dem Verschollenen ein Intestaterbtheil oder ein Pflichttheil zu gute kommen würde, falls er noch lebte.

3. Insbesondere von der Priorität des Todes[1].

§. 28. Die Bestimmung des Zeitpunktes des Todes, insbesondere die Bestimmung, welche von mehreren Personen, deren Tod

---

51) Noch greller stellt sich dieser Fall dar, wenn der Vater ein Testament gemacht und den verschollenen Sohn, von dessen Tod er überzeugt ist, darin nicht bedacht hätte. In diesem Fall müßte ein Curator bestellt werden, um den Pflichttheil einzutreiben und ihn so lange zu Gunsten der Erben des Verschollenen zu bewahren, bis dessen Tod gerichtlich erklärt wurde. Und wie erst in dem Fall, wenn ein Vater, dessen einziger Sohn verschollen ist, ein Testament hinterläßt, worin er andere Personen zu Erben einsetzt; wird hier etwa der Curator des Verschollenen berechtigt sein, das ganze Testament auf Grundlage des §. 778 a. b. G. B. für entkräftet erklären zu lassen?

52) Das preuß. Landr. (I 1 §. 38) dehnt die Präsumtion des Lebens, wo es sich um den Erwerb von Rechten handelt nicht bis zum Tage der gerichtl. Todeserklärung aus, sondern nimmt an, daß der Verschollene nicht über 70 Jahre alt geworden sei. Auf gleiche Weise schränkt schon Leyser l. c. spec. 95 med. 24 i. f. die Präsumtion des Lebens ein: Unum tamen excipio casum si quis nempe vitam absentis, qui 70. aetatis annum complevit, alleget. Huic enim fortior — mortis praesumtio obstat atque onus probandi imponit. — Eine ähnliche Beschränkung enthält das Privatgesetzb. für den Canton Zürich I §. 43 vgl. dazu Bluntschli's Comment. I S. 27 ff.

53) Cropp in der angef. Abhandl. S. 156 Note 22.

1) Mühlenbruch im Arch. für die civilst. Praxis Bd IV S. 391—448, Gaedcke de jure commorientium. Rost. 1830.

gewiß ist, zuerst mit Tod abgegangen sei (Priorität[2] des Todes) ist in vielen Beziehungen von Wichtigkeit, so für die Frage, welche von zwei verstorbenen Personen der anderen Intestaterbe geworden sei, dafern beide Theile einander beerben und beide wieder verschiedene Erben haben[3]; eben so wenn von dem Überleben der einen Person die Wirksamkeit gewisser vertragsmäßiger oder letztwilliger Verfügungen abhängt[4]. Entsprechend der praktischen Wichtigkeit, welche die Gewißheit des Zeitpunktes des Todes hat, ist durch passende Vorschriften für eine gehörige Feststellung desselben gesorgt. So wird in den Todtenscheinen Tag und Stunde des Todes angegeben; so muß in dem Falle, wenn der Beweis des Todes durch Zeugen geführt wurde, in dem betreffenden Urtheile der aus den Zeugenaussagen hervorgehende Zeitpunkt des Todes bestimmt angegeben werden[5] und in manchen Fällen wird durch ärztliches Gutachten der Zeitpunkt des Todes festgesetzt werden können[6]. Es gibt jedoch Fälle, in welchen dieser Zeitpunkt auf keine Weise sichergestellt werden kann. Da nun von der Priorität des Todes wichtige Rechte abhängen, so fragt es sich, wie es in Fällen dieser Art zu halten sei[7]. Das österreichische Recht[8] stellt in dieser Beziehung gar keine rechtliche Vermuthung

---

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 394 übersetzt Priorität mit „Erstigkeit."

3) So z. B. in dem Fall, wenn Vater und Sohn sterben, da die Intestaterbfolge in das Vermögen des Vaters in einer anderen Ordnung stattfindet als jene in das Vermögen des Sohns.

4) So z. B. wenn die eine Person die andere im Testament zum Erben eingesetzt hat, da zur Wirksamkeit dieser Einsetzung das Überleben des Eingesetzten erforderlich ist, §. 536 a. b. G. B.

5) Hofkzldecr. v. 17. Febr. 1826 §. 6 und §. 198 der siebenbürg. und ungar. Gerichtsordnung.

6) Mühlenbruch S. 392. 393, Stubenrauch I S. 437. Gaedcke l. c. p. 24. 143 sq. läugnet mit Unrecht die Möglichkeit eines medicinischen Kunstbeweises.

7) Die Frage betrifft sowohl den Fall, wenn bei zwei verstorbenen Personen der Todestag ungewiß ist, als wenn der Todestag gewiß ist und die Stunde oder der Moment des Todes ungewiß ist.

8) Das römische Recht stellt bekanntlich in dieser Beziehung eine praesumtio juris auf, über deren Umfang unter den Civilisten jedoch Streit herrscht; vgl. einerseits Mühlenbruch a. a. O. S. 399, dem Wening I §. 58, theilweise auch Fritz Erläuter. I S. 436 und Kierulff S. 90. 94 fg. folgen, andrerseits die meisten übrigen Schriftsteller, wie Savigny II S. 26, Vangerow I S. 84 und die bei diesem zahlr. angef. Schriftsteller. — Da sich aber diese Präsumtion des röm. Rechts aus inneren Gründen wohl nicht rechtfertigen

(praesumtio juris) auf. Es gilt nach demselben die Regel[9] ausnahmslos[10], daß diejenige Person, welche auf den Tod eines Anderen einen Anspruch baut, zu dessen Begründung der Beweis des früheren Todes erforderlich ist, diesen Anspruch nicht durchsetzen kann, wenn sie nicht den Beweis erbringt, daß die eine Person die andere überlebt habe. Diese Regel drückt man kürzer dahin aus, es werde angenommen, vermuthet, es sei Keiner vor dem Anderen gestorben (§. 25 a. b. G. B.)[11]. Es kommt hiermit Alles darauf an, wen die Beweislast trifft; da vorausgesetzter Maßen der Beweis nicht erbracht werden kann, so wird derjenige, der auf den frühern Tod einer Person sein Recht stützt, dieses nicht durchsetzen können[12]. Daher wird z. B., wenn von zwei verstorbenen Personen eine die andere zum Erben eingesetzt hat, der Erbe der eingesetzten Person aus dem Testamente des Commorienten nichts fordern können, weil er vorausgesetzter Maßen nicht beweisen kann, daß der eingesetzte Erbe den Erblasser überlebt und daher sein Erbrecht transmittirt habe (§. 536 a. b. G. B.)[13]. Umgekehrt dagegen wird z. B. eine Schenkung auf den Todesfall (§. 956 a. b. G. B.), welche schon vollzogen ist, per-

---

lassen dürfte (vgl. Bluntschli I S. 46 Note * und Bornemann I S. 79) so sind das preuß. Landr. (I 4 §. 39; 12 §. 464, dieses im Ausdruck noch mit bestimmter Opposition gegen das röm. Recht) und diesem folgend das österr. Gesetzb. vom röm. Recht abgewichen. Was Mühlenbruch a. a. O. Note 44 gegen diese beiden Gesetzbücher in dieser Beziehung sagt, ist ganz unbegründet.

9) l. 18 pr. D. de reb. dub. (34, 5) — si pariter decesserint nec apparent quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

10) Die älteren und selbst manche neuere Schriftsteller haben in dieser Beziehung oft ganz willkürliche Präsumtionen aufgestellt, so z. B. daß der Ältere vor dem Jüngeren, der Stärkere nach dem Schwächeren, das Weib vor dem Manne gestorben sei u. dgl. m., s. dagegen Mühlenbruch S. 392—394, Bangerow I S. 80.

11) Es ist also in der Bestimmung des §. 25 a. b. G. B. durchaus keine rechtliche Vermuthung (praes. juris) zu sehen, wie unsere Schriftsteller meinen (z. B. Schuster I S. 334, Rippel I S. 463, Winiwarter I S. 434. 432, Stubenrauch I 439. 440, bei welch letzterem sich jedoch theilweise die richtige Auffassung geltend macht, und Harum im Magaz. X S. 247. 248) und darüber streiten, ob jene angebliche Präsumtion eine analoge Anwendung zulasse oder nicht.

12) Vgl. Puchta Vorles. I S. 235, Kierulff S. 90 Note **, Holzschuher I S. 248.

13) Kommen Vater und Sohn zugleich um, ohne daß sich erweisen ließe, wer von ihnen früher gestorben sei, so nehmen die übrigen Kinder, wenn der Vater

fect, da der Erbe des Schenkers, um zu condiciren, den Beweis führen müßte, daß der Beschenkte den Schenker nicht überlebt habe, was er vorausgesetzter Weise nicht kann [14]; dagegen wird z. B. das Rückforderungsrecht der dos recepticia (§. 1229 a. h. G. B.), welches sich ein Dritter vorbehalten hat, ausgeübt werden können, wenn es auf den Fall bestimmt war, daß die Frau in der Ehe sterbe, da wenn sich die Priorität des Todes des Mannes oder der Frau nicht erweisen läßt, die Frau sicher als in der Ehe gestorben anzusehen ist [15].

A. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.

I. Von der Rechtsfähigkeit im Allgemeinen.

§. 29. Mit der Existenz der natürlichen einzelnen Person ist ihre Rechtsfähigkeit noch nicht von selbst gegeben. Hierzu bedarf es einer gesetzlichen Bestimmung, einer objectiven Norm, welche der natürlichen Individualität juristische Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit zugesteht. Person im technischen juristischen Sinn heißt der Mensch, insofern er Träger von Rechten ist [1]. In der neueren Zeit herrscht in

---

ab intestato starb, den ganzen Nachlaß des Vaters in Anspruch, und die Mutter kann nicht auf einen Antheil an dem väterlichen Erbtheil des mitverstorbenen Sohnes dringen, weil sie hierzu den früheren Tod des Sohnes beweisen müßte, was sie vorausgesetzter Maßen nicht kann §§. 732. 735. 736 a. h. G. B.

14) l. 26 D. de m. c. donat. (39, 6) Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserint neutrius heres repetet: quia neuter alteri supervixit. Wäre die Schenkung noch nicht vollzogen, so könnte der Erbe des Beschenkten nicht auf Erfüllung klagen, da er hierzu beweisen müßte, daß sein beschenkter Erblasser den Schenker überlebt habe; vgl. l. 32 §. 14 de don. int. vir. et uxor. (24, 1) l. 8 D. de reb. dub. (34, 5).

15) l. 9 §. 3 D. de reb. dub. (34, 5) Si maritus et uxor simul perierint stipulatio de dote ex capitulo si in matrimonio mulier decessisset habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse. cf. l. 16 pr. eod.

1) Über den Ausdruck persona vgl. Savigny System II S. 32. 33, über die etymologische Ableitung desselben Böcking I §. 30 Note 3. In früherer Zeit wurde bei den Römern der Ausdruck persona allgemein für jeden einzelnen Menschen, also auch für den Sclaven gebraucht (vgl. die Stellen bei Savigny Note e); erst in späterer Zeit wurde der Ausdruck Person auf rechtsfähige Menschen beschränkt (Nov. Theodos. tit. 17, vgl. Schilling Institut. II §. 24 Note g). Die Neueren gebrauchen Persönlichkeit gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit überhaupt oder mit der Fähigkeit in Beziehung auf bestimmte Rechtsverhältnisse (z. B. persona standi in judicio). In dieser engeren Bedeutung ist

den civilisirten Staaten eine allgemeine Rechtsvorschrift, wonach jeder Mensch als Person anerkannt wird. Diese Anerkennung der Rechtsfähigkeit eines jeden Menschen spricht das österreichische Gesetzbuch in §. 16 aus[2]. Sclaverei d. i. gänzliche Aufhebung der Persönlichkeit und Leibeigenschaft d. i. eine der gänzlichen Aufhebung nahe kommende Verminderung der Rechtsfähigkeit[3] ist in Österreich nicht gestattet. Dieß gilt daher auch in Ansehung fremder Sclaven; jeder Sclave ist frei, sobald er österreichisches Gebiet betritt[4] und jeder Fremde, welcher aus einem Sclaven haltenden Lande kommt, ist beim Eintritt in die österreichischen Staaten in Kenntniß zu setzen, daß in Österreich Sclaverei nicht geduldet werde[5]. Bringt ein Fremder Sclaven nach Österreich mit, so ist das Verhältniß von den hiesigen Gerichten als ein Vertragsverhältniß aufzufassen und der Fremde kann über den Sclaven nur jene Herrschaft ausüben, welche das österreichische Recht über das Gesinde gestattet[6].

Obgleich nun jedem Menschen als solchem Persönlichkeit d. h. Rechtsfähigkeit zukommt, so braucht doch der Umfang, in welchem den einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit zukommt, nicht bei allen der gleiche zu sein. Es gibt manche Veranlassungen, welche eine

---

der Ausdruck Person in der Phrase unus homo plures sustinet personas zu nehmen; vgl. Sintenis I §. 43 Note 1.

2) Vgl. Stubenrauch Einige Worte zur Erläuterung des §. 16 des allg. bürgerlichen Gesetzbuchs in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1844 I S. 193—198. — Die Consequenzen, welche das österr. Gesetzbuch im §. 17 u. §. 18 aus dem §. 16 zieht, sind nichts anderes als ein durchaus unfruchtbarer und müßiger Niederschlag des zur Zeit der Abfassung des a. b. G. B. in voller Blüte stehenden rationalistischen Naturrechts.

3) Das Geschichtliche über die Leibeigenschaft nach gemeinem Recht s. bei Walter Deutsche Rechtsgeschichte §§. 359—380 und bei den von Gerber System §. 38 Note 2 angef. Schriftstellern, nach österr. Recht bei Stubenrauch Commentar I S. 116. — Das an die Stelle der Leibeigenschaft getretene Unterthänigkeitsverhältniß ist durch Patent v. 7. Sept. 1848, dessen Bestimmungen durch a. h. Cabinetsschr. v. 31. Dec. 1851 bestätigt wurden, in ganz Österreich aufgehoben worden.

4) Hofdecr. v. 19. Aug. 1826 Anhang Nr. 3. Ganz unzulässig ist die Ausnahme, welche Stubenrauch Comment. I S. 114 in Ansehung der Sclaven eines fremden Gesandten machen will.

5) Hofkzldecr. v. 19. April 1830, Michel Nr. 28.

6) Vgl. Kind Quaestiones forenses Tit. II c. 77. — Hierüber sind mit Recht alle unsere Schriftsteller einig; vgl. Stubenrauch in der angef. Abhandl. S. 194 fg.

Minderung der Rechtsfähigkeit gewisser Classen von Personen, eine Modification der Rechtsfähigkeit in gewissen Beziehungen herbeiführen. Diese Modificationen der Rechtsfähigkeit nach österreichischem Recht bilden den Gegenstand der folgenden Darstellung.

Das römische Recht kennt drei große Stufen der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen (Status): die Freiheit (libertas), das Bürgerrecht (civitas) und den Familienstand (familia). Hiernach werden die natürlichen Personen in Freie und Sclaven (liberi und servi), die Freien in Bürger und Ausländer (cives und peregrini), die Bürger in homines sui juris und homines alieni juris eingetheilt. Im Zusammenhang hiermit steht die dreifache capitis diminutio (maxima media minima), über deren eigentliches Wesen freilich die Ansichten der Schriftsteller weit auseinander gehen[7]. Im heutigen gemeinen Recht und insbesondere im österreichischen Recht sind diese drei Status und die Verminderungen derselben gänzlich hinweggefallen. Der Gegensatz der Freiheit und der Sclaverei ist gänzlich aufgehoben; der Unterschied zwischen Bürgern und Nichtbürgern, Inländern und Ausländern begründet im heutigen Recht keinen Unterschied der Privatrechtsfähigkeit mehr (vgl. unten §§. 39. 40) und es kann daher heutzutage weder von einer capitis diminutio maxima noch media die Rede sein. Der dritte Gegensatz zwischen paterfamilias und filiusfamilias, welcher sich schon im neuesten römischen Recht dahin abgeschwächt hat, daß er nicht den Mangel der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des in der väterlichen Gewalt stehenden Sohnes, sondern nur den Mangel der selbständigen vermögensrechtlichen Persönlichkeit desselben bedeutet[8], besteht nach österreichischem Recht selbst in dieser Gestalt nicht mehr. Der Sohn, der in der väterlichen Gewalt steht, ist auch in vermögensrechtlicher Beziehung eine vollkommen selbständige Persönlichkeit; alle Beschränkungen, denen er in Beziehung auf sein Vermögen unterworfen ist, ergeben sich nicht

---

7) Vgl. einerseits Savigny System II §. 65—75 und Beil. VI, Puchta Institut. II §. 210—220 u. Pandekt. §. 116, Schilling Institut. II §. 26—33; andererseits Vangerow Pandekt. I §. 84 und neuerlichst die abweichenden Ansichten von Böcking I §. 58 u. v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Hft II (1852) Nr. IX Capitis diminutio (S. 282—269).

8) Vgl. hierüber Savigny II S. 58—58, Puchta Pandekt. §. 118 und Vorles. I S. 236—238.

aus der Abhängigkeit des Sohnes von der väterlichen Gewalt, nicht daraus daß er filiusfamilias und als solcher etwa nicht sui juris ist, sondern aus dem Umstand, daß der in der väterlichen Gewalt Befindliche minderjährig und als Minderjähriger gleich jedem andern Minderjährigen in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt ist und eines Vertreters bedarf, welcher im fraglichen Fall der Vater ist (§. 1034 a. b. G. B.)[9]. Daher kann nach österreichischem Recht zwischen Vater und Sohn nicht bloß ein naturales[10], sondern ein civiles Obligationsverhältniß und daher auch eine Civilklage[11] zwischen beiden stattfinden (§. 271. 1495 a. b. G. B.); und der Sohn kann[12], wenn er das gehörige Alter erreicht hat (§. 569 a. b. G. B.), gleich jedem Minderjährigen über sein Vermögen testiren[13]. — Im Zusammenhang mit dieser Veränderung der Rechtsauffassung steht eine Änderung im Sprachgebrauch. Während nach römischem Recht die Ausdrücke homo sui juris und homo alieni juris einen Gegensatz der personenrechtlichen Stellung bedeuten, indem der homo alieni juris unter einer fremden privatrechtlichen Gewalt (potestas, manus, mancipium) steht, und während nach römischem Recht nur der homo sui juris unter Vormundschaft stehen kann[14], gebraucht man in der österreichischen Rechtssprache sowohl von Seiten der

---

9) Daß der Hausſohn vor Gericht nicht als Kläger auftreten kann, erklärt ſich für unſer öſterr. Recht aus ſeiner Qualität als Minderjähriger §. 248 a. b. G. B. (Über das röm. Recht vgl. Puchta Vorleſ. I S. 238 Nr. 5.)

10) Wie nach röm. Recht l. 38 pr. § 1. 2 D. de condict. indeb. (12, 6), vgl. Savigny II S. 54 Note h.

11) Anders nach röm. Recht l. 4 l. 44 D. de jud. (5, 1).

12) Anders nach röm. Recht vgl. Puchta Pandekt. §. 463, Arndts Pandekt. §. 484.

13) Daher kann auch für unſer öſterr. Recht keine Rede ſein von einer capitis diminutio minima, welche wohl auch ſchon für das gemeine Recht ihre praktiſche Bedeutung verloren hat (vgl. Savigny II §. 75, Puchta Pandekt. §. 446, Arndts Pandekt. §. 28 a. E.; Wangerow I S. 90. 94 iſt freilich noch immer anderer Anſicht). Der Sohn, der aus der väterlichen Gewalt hinaustritt, der paterfamilias, der ſich adoptiren läßt, erleidet durchaus keine Veränderung ſeiner Rechtsfähigkeit und ſeine bereits beſtehenden Vermögensrechte bleiben unverändert.— Nur in Einem Fall könnte man für das heutige Recht von einer wahren capitis diminutio minima ſprechen, nemlich im Fall des Eintritts einer Perſon in ein Kloſter unter Ablegung des Gelübdes der Armuth.

14) pr. I de tut. (1, 13) Nam ex his personis quae in potestate non sunt quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur. Vgl. insbeſondere Böcking I S. *24. *25 und Note 44 daſ.

Gesetzgebung[15] als der juristischen Schriftsteller die Ausdrücke homo sui juris (selbständig, eigenberechtigt) und homo alieni juris (unselbständig), um den Gegensatz der Freiheit oder Abhängigkeit von einer vormundschaftlichen Gewalt (wohin im Einklange mit dem deutschen Recht auch die väterliche Gewalt gehört) zu bezeichnen.

II. Modificationen der Rechtsfähigkeit.

1. Modification der Rechtsfähigkeit wegen Verschiedenheit der Religion.

§. 30. I. In Deutschland hatte seit der Reformation die Verschiedenheit der drei großen Hauptbekenntnisse der christlichen Religion einen wichtigen Einfluß auf die Rechtsfähigkeit geübt. Durch den westphälischen Frieden[1] wurde dieser Einfluß für das gemeine Recht beseitigt, und wenn sich auch in den Particularstaaten ein Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit fortwährend äußerte, so betraf dieß doch immer nur die Rechtsfähigkeit in staatsrechtlicher, nicht aber jene in privatrechtlicher Beziehung[2]. Die Gleichstellung der drei großen christlichen Religionsparteien in privatrechtlicher (und staatsrechtlicher) Beziehung ist durch die deutsche Bundesacte von 1815 Art. 16 ausdrücklich ausgesprochen[3] und ergibt sich für sämmtliche Länder Österreichs schon aus der Fassung des §. 39 a. b. G. B., wonach die Verschiedenheit des Religionsbekenntnisses auf die Privatrechtsfähigkeit in der Regel keinen Einfluß hat[4]. — Der Unterschied der drei christlichen Glaubensbekenntnisse hat sonach in Österreich auf die Privatrechtsfähigkeit und überhaupt

---

15) So z. B. Auswanderungspat. v. 24. März 1832 §. 2 lit. a.

1) Instr. Pac. Osnabr. art. V §. 35.

2) Vgl. Gerber System §. 43, Walter Deutsches Privatr. §. 77.

3) Obgleich die Bundesacte allgemein und überhaupt von christlichen Religionsparteien spricht, so ist man doch mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 16 darüber einig, daß sich die Bestimmung derselben nur auf die drei großen christlichen Religionsparteien beziehe; vgl. Klüber Acten des Wien. Congr. II S. 439 fg., Zachariä Deutsches Staats- u. Bundesr. I S. 230, Gerber a. a. O.

4) Vgl. schon das Toleranzpat. v. 13. Oct. 1781 Art. 7. Heutzutage kann die staats- und privatrechtliche Gleichstellung der Protestanten mit den Katholiken keinem Zweifel unterworfen sein.

auf die Privatrechtsverhältnisse in der Regel gar keinen Einfluß. Insbesondere kann der Übertritt von einem christlichen Glaubensbekenntniß zum andern keine Änderung der Rechtsfähigkeit bewirken und gibt auch keinen rechtlichen Grund der Enterbung ab[5]. Der Genuß gewisser vermögensrechtlicher Vortheile kann aber natürlich fortwährend durch Privatdisposition an ein gewisses christliches Religionsbekenntniß geknüpft sein z. B. Pfründen, Stiftungen, Fideicommisse u. s. f., da hierin keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, sondern nur eine erlaubte Geltendmachung der Privatüberzeugung zu sehen ist[6].

II. Während die Juden im römischen Reich gleiches Recht mit den Christen genossen[7], war ihre Lage im deutschen Reich eine ganz andere[8]. Sie wurden vermöge ihrer Religion und Nationalität als Fremde angesehn, von der allgemeinen Rechtsfähigkeit ausgeschlossen und bedurften daher eines besondern Schutzes. Wurde ihnen auch derselbe zu Theil, so blieben sie doch in vielen Beziehungen und so auch in privatrechtlicher Hinsicht mannigfach beschränkt und zurückgesetzt[9]. In Österreich waren die Juden vor dem Jahr 1848 in ihrer Rechtsfähigkeit gleichfalls vielfach beschränkt[10]. Diese Beschränkungen

---

5) Vgl. Walter a. a. O. Nr. V §. 768 Nr. 4 §. 769 a. b. G. B. Dagegen würde der Übertritt zu einer andern vom Staat nicht anerkannten christlichen Religionssecte z. B. zum Deutschkatholicismus (Minister. Verordn. v. 16. Nov. 1851, R. G. B. Nr. 246) allerdings einen Enterbungsgrund bilden.

6) Vgl. Gerber Note 6, Walter Nr. VI. Die vielbestrittene Frage, ob die Bedingung die Religion zu ändern eine conditio turpis sei oder nicht, wird in der Lehre von den Bedingungen besprochen werden.

7) Vgl. Schilling Institut. II §. 45, Savigny System II §. 84.

8) Das Geschichtliche über die politische und privatrechtliche Stellung der Juden im deutschen Reich s. bei Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §§. 297. 350, Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 405 fg.; vgl. auch Walter Deutsches Privatr. §. 78—80, Mittermaier I §. 116 fg., Gerber §. 44 und Kaim im Rechtslex. Art. Juden Bd V S. 843—868.

9) Diese Beschränkungen bestanden insbesondere in der Ausschließung vom Erwerb des Grundeigenthums; im Verbot der Cession von Forderungen der Juden gegen Christen an Christen, welche als cessio in potentiorem aufgefaßt wurde; in der hin und wieder vorkommenden Unzulässigkeit ihres Zeugnisses gegen Christen; in der Nothwendigkeit gerichtlicher Mitwirkung bei Verträgen zwischen Juden und Christen; in der geringen Beweiskraft ihrer Handelsbücher; in der Ausschließung jüdischer Ehefrauen von den Dotalprivilegien.

10) Vgl. das Nähere hierüber bei Barth von Barthenheim Beiträge zur politischen Gesetzkunde (1824) Bd I Abthl. I.

bezogen sich jedoch hauptsächlich auf die staatsrechtliche Stellung der Juden, während sie in privatrechtlicher Beziehung zufolge des Grundsatzes, den das österr. Gesetzbuch im §. 39 aufstellt, in der Regel gleiches Recht mit den Christen genossen[11]; doch fehlte es auch in dieser Beziehung nicht an mancher wichtigen Beschränkung und Zurücksetzung. Mit dem Jahr 1848 änderte sich die Stellung der Juden in Österreich[12]. Sie wurden in staatsrechtlicher wie in privatrechtlicher Beziehung den Christen vollkommen gleichgestellt. Das Patent vom 4. März 1849 sprach im §. 1 diesen Grundsatz der Gleichstellung ausdrücklich aus. Durch die allerh. Entschließung v. 31. December 1851 wurden zwar die in jenem Patent enthaltenen Grundrechte zusammt der Constitution vom selben Datum wieder aufgehoben, aber ohne daß in Ansehung der Juden eine besondere Bestimmung getroffen worden wäre. Nach den Grundsätzen, welche in der Lehre von dem Umfang, in welchem die Aufhebung der Gesetze wirkt, aufgestellt wurden (oben §. 16), kann es keinem Zweifel unterliegen, daß durch das allerh. Cabinetsschreiben v. 31. December 1851 an der staats- und privatrechtlichen Stellung der Juden nichts geändert worden sei, daß also durch die Aufhebung des Patents v. 4. März 1849 nicht von selbst wieder die früheren staats- und privatrechtlichen Beschränkungen der Juden in Wirksamkeit getreten seien[13]. Es gilt

---

11) Insbesondere hatten in Österreich nicht nur die Rabbiner keinerlei Art von Gerichtsbarkeit, sondern auch das jüdische Privatrecht (vgl. darüber Gerber §. 46) war und ist außer alle Anwendbarkeit gesetzt; vgl. Hofkzldecr. v. 22. Oct. 1844 Anhang Nr. 52 und Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenb. Art. IV Abs. 3. Von einer ausdrücklichen Unterwerfung der Parteien unter jüdisches Recht durch Privatdisposition, wovon Pfeiffer Prakt. Ausführung Bd I S. 140 fg. und Gerber §. 46 sprechen, kann mit Rücksicht auf das §. 23 Note 79 Entwickelte und auf §. 4 a. b. G. B. keine Rede sein.

12) Über die Stellung der Juden im heutigen Recht vgl. Gerber §. 45, Walter §. 84.

13) Dagegen kann man sich nicht, wie es Stubenrauch zu wiederholten Malen thut (I S. 178. 376. II S. 356. 668) auf die in der a. h. Entschließung vom 31. Dec. 1851 ausdrücklich bestätigte „Gleichheit aller Staatsangehörigen vor dem Gesetz" berufen, um das im Text aufgestellte Resultat zu gewinnen. Stubenrauch müßte consequent behaupten, daß zufolge dieses Satzes auch Frauen und Ordensgeistliche bei einem Testament Zeugen sein können; ja auf die Spitze getrieben würde dieser Satz alle privatrechtlichen Unterschiede der Personen aufheben. Übrigens gibt Stubenrauch selbst an einer Stelle (I S. 376) den Grund an, auf welchen allein es hier ankommen kann.

daher auch für unser heutiges österreichisches Recht der Grundsatz, daß die Juden in privatrechtlicher Beziehung den Christen vollkommen gleichstehn. Soll in irgend einem Punkte ihre Privatrechtsfähigkeit beschränkt sein, so könnte dieß nur zufolge einer neuen gesetzlichen Bestimmung geschehen, welche entweder die älteren Vorschriften reprístinirte oder neue Formen enthielte [14]. Dieß ist in der That in einem Punkt geschehn [15]. Die kais. Verordnung v. 2. October 1853 (R. G. B. Nr. 190) schränkt die Besitzfähigkeit der Juden in Ansehung der Immobilien wieder ein, indem sie provisorisch den frühern Zustand wie er vor und bis zu dem 1. Jänner 1848 in jedem Kronland bestand wieder herstellt [16].

Durch die privatrechtliche Gleichstellung der Juden mit den Christen sind nur jene älteren Gesetze als aufgehoben zu betrachten, welche die Rechts- und Handlungsfähigkeit dieser Personen lediglich deßhalb weil sie Juden sind einschränken oder dieselben aus dem gleichen Grunde gewissen singulären Bestimmungen unterwerfen. Alle übrigen Gesetze dagegen, in welchen die Qualität Jude eine Modification der Rechtsverhältnisse nach sich zieht, sind nicht als aufgehoben anzusehen [17]. — Daher ist die gesetzliche Bestimmung

14) Daher haben mit Recht die österr. Gerichte bis zur Kundmachung der kais. Verordn. v. 2. Oct. 1853 die Juden als fähig angesehen Immobilien aller Art zu erwerben; vgl. z. B. allgem. Gerichtszeit. 1853 Nr 105.

15) Die Ausschließung der Juden vom Notariat durch das Gesetz v. 21. Mai 1855 gehört nicht hierher, sondern ins öffentliche Recht.

16) Das Nähere hierüber im besondern Theil; vgl. vorläufig Winiwarter Handb. der Gesetze und Verordn. II S. 45—53, Stubenrauch in der allgem. Gerichtszeit. 1853 Nr. 132—135. 149. 150 und im Commentar I S. 706 fg. — Über die Ausschließung der Rückwirkung dieses Gesetzes s. §. 24 Note 20. Es ist in letzterer Zeit (vgl. allgem. Gerichtszeit. 1855 Nr. 45) die praktisch wichtige Frage aufgeworfen worden, ob kraft der Bestimmung des Art. II der kais. Verordn. nur jene Juden, welche bereits zu der im Art. II angegebenen Zeit das Eigenthum an Immobilien erworben hatten, für besitzfähig zu halten seien, oder ob sich die Besitzfähigkeit rücksichtlich dieser Güter (nach Art der s. g. Judengüter) auch auf andere Juden, insbesondere die Erben jener Eigenthümer, erstrecke. Nach der Fassung jenes Artikels und mit Rücksicht auf die Grundsätze über Auslegung der Privilegien dürfte es wohl kaum einem Zweifel unterworfen sein, daß nur den jetzigen Eigenthümern die Besitzfähigkeit in Ansehung jener Güter zustehe und daß daher weder andere Juden dieselben titulo singulari erwerben noch die Erben der bisherigen Eigenthümer dieselben behalten können; letztere treten als Universalsuccessoren zwar ins Eigenthum ein, sie müssen aber dasselbe binnen einer bestimmten Frist hintangeben.

17) Vgl. über diese Frage Grünwald Die Glaubensfreiheit und das allgem.

des §. 593 des bürgerl. G. B., wonach Juden bei Testamenten eines Christen nicht Zeugen sein können, da sie eine Schmälerung der Rechtsfähigkeit der Juden enthält, als aufgehoben anzusehn[18]. Das Gleiche gilt von der Bestimmung der allg. Ger. Ordn. §. 112, daß Juden gegen Christen bedenkliche Zeugen seien[19]. Dagegen ist die Bestimmung des §. 768 Nr. 1 und §. 769 a. b. G. B., wonach ein Christ seinen Ascendenten oder Descendenten dem ein Pflichttheil gebührt enterben kann, wenn dieser von der christlichen Religion etwa zur jüdischen abfällt, als zu Recht fortbestehend anzusehen[20], da in ihr durchaus keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit oder irgendwelche Zurücksetzung in privatrechtlicher Beziehung zu sehen ist[21]. Was endlich die Frage betrifft, ob heutzutage die gesetzliche Bestimmung des §. 124 a. b. G. B., wonach die Eingehung einer Judenehe an die Bewilligung der politischen Behörde gebunden ist, noch zu Recht bestehe, so handelt es sich hierbei zunächst nicht um eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, sondern um eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit. Es kann nun in dieser Beziehung einerseits eben so wenig einem Zweifel unterworfen sein, daß nach den Regeln der doctrinellen Auslegung auch diese Beschränkung durch die Gleichstellung der Juden mit den Christen für aufgehoben anzusehen sei[22], als es andererseits außer allem Zweifel steht, daß die gesetzgebende Gewalt von

---

österr. Civilrecht in Haimerl's Magaz. I (1850) S. 204—212. Die Schrift von K. Laß „Über den Einfluß des §. 1 der mit a. h. Pat. v. 4. März 1849 verliehenen Grundrechte auf die im a. b. G. B. für Nichtchristen vorkommenden besonderen Bestimmungen (Prag 1850) stand mir nicht zu Gebote.

18) Übereinstimmend Grünwald S. 210. 211, Stubenrauch II S. 356. Entgegengesetzter Ansicht ist mit Unrecht Ellinger Handb. ad §. 593.

19) Vgl. Stubenrauch II S. 356. Jene Bestimmung der A. G. O. findet sich auch nicht in der neuen ungar. und siebenb. Gerichtsordn.

20) Die entgegengesetzte Ansicht wird ohne zureichenden Grund vertheidigt von Grünwald S. 211. 212. Der im Text vertheidigten Ansicht ist Stubenrauch II S. 668 aber ohne Angabe eines Grundes.

21) Das Gleiche muß in allen Fällen gelten, wo eine Privatdisposition den Erwerb eines Rechts an die Voraussetzung der christlichen Religion knüpft. Aus dem gleichen Grunde besteht ferner auch heutzutage die schon durch die Reichsgesetze (R. P. O. v. 1577 Tit. 20 §. 3) getroffene, im Hofdecr. v. 22. Oct. 1814 Anhang Nr. 52 ausgesprochene Bestimmung zu Recht, wonach Verschreibungen der Juden, um giltig zu sein, nicht in hebräischer Sprache, ja selbst nicht mit hebräischen Lettern abgefaßt sein dürfen.

22) Übereinstimmend Grünwald S. 209, Stubenrauch I S. 376.

dieser Ansicht nicht ausgehe, sondern jene Bestimmung als fortwährend zu Recht bestehend ansehe[23].

A. Historische Einleitung.

2. Minderung der Rechtsfähigkeit durch Ehrenminderung.

§. 31. Der Begriff der Ehre gehört zunächst dem Gebiete der Sittlichkeit an. Der Vollgenuß der ungetrübten, unbefleckten Ehre einerseits, der Verlust oder die Schmälerung der Ehre andererseits sind Zustände, welche zunächst für den sittlichen Lebenskreis des Menschen, für seine moralischen und socialen Beziehungen und Verhältnisse von Bedeutung sind. Bei dem innigen Zusammenhang zwischen dem sittlichen und rechtlichen Leben und bei dem Umstand, daß das Recht soweit es mit dessen Fundamentalbegriffen verträglich ist, die Forderungen der Sittlichkeit zu verwirklichen hat, wird eine Einwirkung jener sittlichen Zustände auf die rechtlichen Verhältnisse nicht ausbleiben können. Dieser Einfluß der Ehre auf die rechtlichen Verhältnisse macht sich in doppelter Weise geltend[1]. Zunächst wird der Umstand, daß Jemand wegen gewisser Handlungen oder in Folge gewisser Zustände und Lebensweisen in der öffentlichen Achtung gesunken ist und seinen guten Ruf eingebüßt hat, die Wirkung haben, daß, wo es auf das volle Vertrauen ankommt und wo die Beurtheilung dessen ob eine Person dieses Vertrauen verdiene ins freie Ermessen gestellt ist, der Beurtheilende unter dem Einfluß der öffentlichen Meinung stehen wird. Dieser Einfluß der Ehre auf die rechtlichen Ver-

---

23) Dieß ergibt sich daraus daß das Hofdecr. v. 18. Jänn. 1827, welches den Bestand des §. 424 des a. b. G. B. nothwendig voraussetzt, unter Nr. 20 und 28 in den Anhang der Ausgabe des a. b. G. B. für Ungarn und Siebenbürgen aufgenommen wurde und für letzteres Kronland noch insbesondere eine Verordn. des Minist. des Innern erfloß (25. Juli 1858 R. G. B. Nr. 144), „um in Ansehung der Anwendung des §. 424 keinem Zweifel Raum zu geben."

1) In so fern ist in der That der von den Neueren gemachte Unterschied zwischen infamia facti und infamia juris in der Natur der Sache begründet. Nur ist diese Bezeichnung unpassend, weil sie, abgesehen davon daß sie nicht quellenmäßig ist, leicht die Vermuthung hervorruft, als handle es sich in beiden Fällen um Rechtsinstitute mit bestimmten Voraussetzungen und Wirkungen, während doch nur bei der s. g. infamia juris von einem eigentlichen Rechtsinstitut die Rede sein kann, vgl. Savigny II S. 187. 188, Luden im Rechtslex. III S. 640 Note 8.

hältnisse ist aber ein unsicherer schwankender, der sich nicht genau präcisiren läßt, da die öffentliche Meinung selbst durch manche unberechenbare und ungreifbare Einflüsse beherrscht und einem steten Schwanken und Wechsel unterworfen ist, und da der gute Ruf eines Menschen leicht ohne sein Verschulden getrübt sein kann. In diesen Fällen ist die Ehre in rein factischer und unbestimmter Weise dadurch gemindert, daß das gerechte oder ungerechte Urtheil der Mitbürger über eine Person mehr oder minder ungünstig ist. Dagegen gibt es Fälle, in denen die Schmälerung der Ehre an gewisse genau bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist und die Folgen und Wirkungen mit Bestimmtheit angegeben sind, welche unter jenen Voraussetzungen mit rechtlicher Nothwendigkeit eintreten. Hier bildet sich ein eigenes Rechtsinstitut heraus mit rechtlich bestimmten Voraussetzungen und rechtlich bestimmten Wirkungen. Was zunächst die Wirkungen anbetrifft, so werden sie darin bestehen, daß die Fähigkeit zu Rechten, welche ihrer Natur nach zu ihrem Bestehen das Vorhandensein der ungeschmälerten sittlichen Würde erheischen, mit dem Verlust oder der Schmälerung dieser Würde hinwegfällt. Rechte solcher Art aber kommen insbesondere auf dem publicistischen Gebiete vor d. h. auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Es ist eine Ehre Ämter und Würden zu bekleiden, es ist eine Ehre einem gewissen ausgezeichneten Stande anzugehören u. s. f. Dagegen ist es keine Ehre Gläubiger oder Schuldner, Eigenthümer, Gatte oder Vater zu sein. Auf dem Gebiete des Privatrechts wird sich daher nur geringe Veranlassung zu einem Einfluß der Ehre auf das Rechtsleben ergeben. Die Ehre hat somit überwiegend eine publicistische, politische Bedeutung, neben welcher aber auch privatrechtliche Wirkungen vorkommen können und das ganze Rechtsinstitut, von dem hier die Rede ist, gehört hauptsächlich und überwiegend dem öffentlichen Rechte an und erstreckt sich nur in vereinzelten Nebenbeziehungen auf das Privatrecht. Was die Ursachen anbetrifft, welche diese bestimmten Nachtheile hervorbringen, so werden auch diese im Recht bestimmt und genau angegeben sein müssen. Sie werden aber bei den verschiedenen Völkern verschieden sein, da die Frage, welche Handlungen oder Zustände als hinlänglich gravirend erscheinen, um für Jemanden so wichtige Nachtheile eintreten zu lassen, von den sittlichen Anschauungen und den socialen Lebensgestaltungen eines Volks abhängt.

Das Gleiche gilt von den Wirkungen, da, wenn sie auch immerhin hauptsächlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts stattfinden, dieses öffentliche Rechtsleben bei den verschiedenen Völkern ein verschiedenes ist. Daher sind alle Einwirkungen der Ehre auf die rechtlichen Verhältnisse wesentlich durch den nationalen Geist der Völker bedingt und es wird wohl in dieser Beziehung mehr als in irgend einer anderen eine selbständige von fremden Einflüssen freie Entwicklung stattfinden.

I. Im römischen Recht[2] hängt der Begriff der Ehre auf das engste mit dem Besitz der Civität zusammen: die Ehre (existimatio) ist Bürgerehre[3]. Die Fähigkeit zum Genuß aller im jus civile begründeten Rechte ist durch den Besitz der Freiheit und des römischen Bürgerrechts bedingt, und in dieser durch Freiheit und römisches Bürgerrecht bedingten vollen Rechtsfähigkeit besteht eben die volle Ehre, der status illaesae dignitatis[4]. Wem die Freiheit oder das Bürgerrecht fehlt, dem fehlt jene volle Rechtsfähigkeit und mit ihr die existimatio. Daher findet eine consumtio existimationis d. h. ein Verlust der Ehre statt, wenn Jemand die Freiheit und mit ihr das Bürgerrecht, oder zwar nicht die Freiheit aber doch das Bürgerrecht verliert[5]: die capitis diminutio magna (maxima et media) ist ein Verlust der Ehre[6]. Die Ehre wird geschmälert (minuitur existimatio) wenn Jemand zwar nicht das Bürgerrecht verliert, wenn er aber die politischen Rechte (suffragia et honores) verliert, welche die Civität gewährt. Diese Schmälerung der Ehre ist die

---

2) Vgl. Marezoll Über die bürgerl. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (Gießen 1824), Savigny II §. 76—83, der zuerst diese Lehre in ihr rechtes Licht gestellt hat, Puchta Institut. II §. 216 Pandekt. §§. 419. 420 und Vorles. I S. 239 fg., Böcking I §. 60, Luden im Rechtslex. Bd III S. 609—623, Wangerow I §. 47.

3) Dieß ist von älteren und selbst von neueren Schriftstellern (z. B. Fritz Erläuter. I S. 441. 442) häufig verkannt worden; vgl. dagegen Marezoll S. 48 und insbes. Savigny a. a. O. und Luden S. 610. 611.

4) l. 5 §. 1 D. de extraord. cognit. (50, 13) Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

5) l. 5 §. 3 cit. Consumitur vero (existimatio) quotiens magna capitis minutio intervenit i. e. cum (civitas aut) libertas adimitur. — Über diese Stelle vgl. Puchta Institut. §. 216 Note b und Böcking §. 60 Note 3.

6) Luden S. 611. 612.

Infamie (ſ. g. infamia juris), welche in gewiſſen genau beſtimmten Fällen eintritt[7] und ſich in ihrer publiciſtiſchen Bedeutung darin geltend macht, daß ſie dem römiſchen civis ſeine politiſche Rechtsfähigkeit benimmt, während ſie ihm die privatrechtliche (commercium et connubium) beläßt[8]. Nur in einigen privatrechtlichen Beziehungen macht ſich die Infamie nebenher geltend[9]: in der Beſchränkung des Rechts für Andere zu poſtuliren[10] und in der durch die lex Julia eingeführten Beſchränkung in Bezug auf die Fähigkeit zur Eingehung von Ehen[11]. Die Infamie hatte zwar in privatrechtlicher Beziehung für den Infamen noch manche andere nachtheilige Folgen, aber dieſe Wirkungen gehören nicht der Infamie als einem eigenen Rechtsinſtitute an, ſondern ſie ſind vielmehr die allgemeinen Folgen des Umſtandes, daß Jemand in der öffentlichen Achtung geſunken iſt, das allgemeine Vertrauen wegen gewiſſer Handlungen oder wegen einer gewiſſen Lebensweiſe verloren hat[12]. Dieſe Folgen der bloß factiſchen unbeſtimmten Ehrenminderung (turpitudo, levis nota) der von den Neuern (wegen l. 2 pr. D. 37, 15) ſ. g. infamia facti ſind theils allgemeiner Natur, inſofern im Allgemeinen der Beſcholtene überall zurückgeſetzt wird, wo die Staatsgewalt oder der Richter nach freiem Ermeſſen die Individualität zu berückſichtigen hat[13], theils ſpecieller

---

7) Über dieſe Fälle ſ. Savigny §. 77, Bangerow I §. 47, Puchta Inſtitut. II S. 468 fg., Luden S. 645 fg. Mit Rückſicht darauf, ob die Infamie in Folge einer Handlung oder eines Zuſtandes von ſelbſt (ipso jure) oder erſt in Folge eines richterlichen Urtheils eintritt, pflegt man die Infamie in infamia immediata und mediata zu unterſcheiden; vgl. jedoch Savigny S. 486. 487.

8) Daher bezeichnet Savigny S. 498 fg. die Infamie als „Verluſt aller politiſchen Rechte bei fortdauernder Civität“ und „als halbe oder unvollſtändige media c. d. indem ſie die Civität in ihrem politiſchen Theil zerſtört, in dem privatrechtlichen unberührt läßt.“ Vgl. Puchta Pandekt. S. 479, Luden S. 648 fg.

9) Vgl. hierüber beſonders Savigny S. 215 fg., (Puchta Pandekt. §. 449 Note c §. 420, Luden S. 649 fg.

10) l. 4 D. de postul. (3, 1) l. 4 D. de popul. act. (47, 23), vgl. Savigny S. 189—194. 215—219.

11) Savigny S. 219 und Beilage VII.

12) Savigny S. 187. 188. 221—223.

13) So beim Zeugniß (l. 3 pr. D. de test. 22, 5 Nov. XC c. 1), bei der Vormundſchaft (l. 17 §. 1 D. de test. tut. 26, 2), bei der Entſcheidung des Beſitzſtandes im interdictum de liberis exhibendis (l. 3 §. 4. 5 D. de liber. exhib. 43, 30) und bei der Verleihung von Ämtern und Würden (l. un. C. de infam. 10, 57 l. 2. 6 C. de dign. 12, 1); vgl. Arndts Pand. §§. 31. 32.

Natur[14]. Daß diese Wirkungen auch denjenigen trafen, der mit einer s. g. infamia juris behaftet war, versteht sich von selbst, da diese der höhere Grad der Ehrlosigkeit war. — Mit den veränderten politischen Verhältnissen fielen die politischen Wirkungen der Infamie hinweg; die publicistische Seite dieses Rechtsinstitutes verschwand und mit ihr zerfiel das Institut selbst[15], um so mehr da im Laufe der Zeit auch die der Infamie eigenthümlichen privatrechtlichen Wirkungen hinweggefallen waren[16]. Im neuesten römischen Recht hat daher die infamia juris gar keine eigenthümliche Bedeutung mehr: es besteht nur mehr die turpitudo mit ihren privatrechtlichen Wirkungen, welche aber eben kein eigenes Rechtsinstitut mit bestimmten Voraussetzungen, sondern nur ein factischer Zustand ist, der manche rechtliche Wirkungen nach sich zieht.

II. Nach dem deutschen Recht[17] zur Zeit der mittelalterlichen Rechtsbücher[18] sind drei Zustände zu unterscheiden, in welchen sich der Einfluß der Ehre auf das Rechtsleben geltend macht, der Zustand der Echtlosigkeit, der Rechtlosigkeit und der Ehrlosigkeit. A. Die Echtlosigkeit[19] (Friedlosigkeit, Recht- und Echt-

14) Ausschließung von einer famosa actio gegen den Unbescholtenen (l. 44 §. 1 D. de dolo 4, 3) von der querela inofficiosi testamenti gegen das Testament der Geschwister und Zulässigkeit derselben gegen den Bescholtenen (l. 11. 19. 27 C de inoffic. testam. 3, 28).

15) Savigny §. 88, Luden S. 622.

16) So die Beschränkungen der lex Julia mit dem Hinwegfall der Cölibatsstrafen (Savigny Beil. VII Nr. 3. 4 und S. 224); die Beschränkung des Rechts zu postuliren und als Proceßprocurator aufzutreten erhielt im justin. Recht (§. 11 I. de except. 4, 13) einen andern Charakter, Savigny S. 218, 225, Puchta Pandekt. S. 479.

17) Budde Über Rechtlosigkeit Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit (Bonn 1842), Hillebrandt Über die gänzliche und theilweise Entziehung der Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters (Gießen 1844), Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 679—684, Renaud I §. 148—154, Beseler I §. 64, Gerber §. 39, Mittermaier I §. 100, Phillips I §. 35—39, Gengler Lehrb. S. 106—114; vgl. auch Göschen in der Einleit. zu seiner Ausgabe des Sachsenssp. (Halle 1853) S. XXI—XXIII u. Trummer Vorträge über merkwürd. Erscheinungen in der Hamburg. Rechtsgesch. Bd III (1850) S. 123—162.

18) Über das älteste deutsche Recht vgl. Walter a. a. O. §. 678.

19) Echtlos abgeleitet vom althochd. ewa, ea = Gesetz. Grimm R. A. S. 417 fg.

losigkeit[20]) ist der gänzliche Verlust der Rechtsfähigkeit[21]. Der Echt- und Rechtlose war außerhalb des Gesetzes erklärt, all seines Rechts, all seiner Ehre, alles Schutzes beraubt[22]. Er verlor Eigen und Lehen, die Fähigkeit zum Zeugniß, das Klagrecht vor Gericht und konnte ungestraft getödtet werden. Diese Ehrlosigkeit trat wegen gewisser einen besonders qualificirten Friedensbruch enthaltenden Verbrechen und in Folge der Erklärung in die Oberacht ein[23]. B. Die Rechtlosigkeit (Rechtlosigkeit ohne Echtlosigkeit) zerstörte nicht die ganze Rechtsfähigkeit, sie war nur eine Minderung der Rechtsfähigkeit und der Ehre: der Rechtlose war nicht mehr vollkommen an seinem Recht[24]. Diese Rechtlosigkeit fand in drei Fällen statt, bei den Recht- und Echtlosen, welche sich aus der Oberacht gezogen hatten und hiermit ihren Frieden, nicht aber ihr vollkommenes Recht wieder erlangten[25]; bei denen, die wegen gewisser Verbrechen oder zu gewissen Strafen verurtheilt waren[26]; und endlich bei unehelichen Kindern und in Folge des Betriebs gewisser Gewerbe[27]. Die Rechtlosen der letzten Classe werden auch Unechte genannt[28]. Die Unechtheit ist somit eine Art der Rechtlosigkeit; sie unterscheidet sich von den übrigen Arten in

20) Echt und Recht umfaßt die ganze Rechtsfähigkeit eines Menschen. Sachsenssp. (ed. Weiske) III 28 §. 1 „sin echt und sin recht", vgl. Walter a. a. O. §. 679 Note 1.

21) Deßhalb gehört dieser Begriff hierher, so gut wie in die Lehre des röm. Rechts von der Ehre die consumtio existimationis. A. A. ist Gerber §. 39 Note 3, dem Gengler S. 108 folgt.

22) Frideric. I. const. contra incendiar. (1187) Universo jure et honore et legalitate sua privatus habeatur.

23) Wildv Strafrecht der Germanen S. 284 fg., Budde S. 106 fg.

24) Urtheil der Magdeb. Schöffen I 16 3: „Etliche leute heissen rechtlos das ist ohne recht also das ihr recht nicht als vollkommen ist als anderer leut." Über diese Bedeutung der Rechtlosigkeit und daß hier unter Recht weder das Landrecht noch der Eid noch das Gericht (wie Phillips meint) noch der Stand (wie Budde u. Trummer annehmen) zu verstehen sei, s. Walter §. 682, Göschen S. XXII.

25) Sachsenssp. I 38 §. 2, Renaud §. 150 Note 15.

26) Sachsenssp. I 38 §. 1. I 65 §. 2. II 13 §. 1, vgl. Göschen a. a. O., Schwabenssp. (ed. Laßberg) 41. 48. 100 a. 174 a.

27) Über die Unehelichen s. Sachsenssp. I 38 §. 1. Das Gewerbe der Spielleute und der Kämpfer machte sie selbst und die Kinder der Kämpfer rechtlos. Sachsenssp. I 38 §. 1. III 45 §. 9.

28) Die Unechtheit ist von der Echtlosigkeit sowohl dem Wort als der Sache nach zu trennen, was manche Germanisten (z. B. Gerber §. 39 und Gengler S. 109) nicht gehörig thun; vgl. Walter Deutsches Privatr. §. 75 Note 3 und Göschen S. XXI.

der Wirkung. Gemeinsame Wirkungen sind die Unfähigkeit Richter[29], Schöffe[30], Fürsprech[31] und Zeuge[32] zu sein, die Unfähigkeit Vormund zu sein und einen Vormund zu haben[33], der Mangel des Wergeldes[34]; die Rechtlosen der beiden ersten Arten waren von dem Reinigungseid ausgeschlossen[35], während die Unächten hierzu fähig, dagegen des Familien- und Erbrechts nicht theilhaftig waren[36]. Den gemeinen Frieden hatten alle Rechtlosen[37]. C. Die Ehrlosigkeit[38] war zunächst ein moralischer Begriff; sie bedeutete eine Schmälerung der sittlichen Würde, welche für das Rechtsgebiet ohne Bedeutung ist[39]. Es wurde dieser Ausdruck aber auch gebraucht theils als Beisatz zu jener Rechtslosigkeit, welche die Folge von Verbrechen war[40], theils um die Verächtlichkeit solcher Verbrechen schärfer hervorzuheben, welche in einem Bruch der Treue, überhaupt in der Verletzung gewisser besonders geheiligter Verhältnisse bestehen[41]. Im

29) Sachsenſp. I 30, Schwabenſp. 48.

30) Sachsenſp. III 70 §. 1.

31) Sachsenſp. I 64 §. 4.

32) Sachsenſp. I 25 §. 3, vgl. Trummer a. a. O. S. 128 fg.

33) Sachsenſp. I 48 §. 4, vgl. Kraut Lehre von der Vormundschaft I S. 54.

34) Sachsenſp. III 45 §. 9—41. Über das Schein-Wergeld solcher Personen ſ. Grimm R. A. S. 677 fg.

35) Sachsenſp. I 39, Schwabenſp. 48.

36) Sachsenſp. I 54 §. 1. 2. Eine echte Ehe konnten aber auch die Unechten schließen, vgl. Kraut Grundriß §. 74 Nr. 88.

37) Sachsenſp. III 45 §. 11.

38) Vgl. Renaud I §. 154, Beſeler I S. 349 fg., Walter Deutſche Rechtsgeſch. §. 683.

39) In dieſem vulgären Sinn heißt es, daß das Weib durch Unkeuſchheit ihre Ehre verliert, während dieß auf ihre Rechtsfähigkeit nach dem Sachsenſpiegel keinen Einfluß hat (Sachsenſp. I 5 §. 2 Wib mag mit unkuſcheit ires libes ire wiblichen ere krenken, ir recht verluſet ſi damete nicht noch ir erbe), wogegen nach älterem hamburg. Recht in dieſem Fall allerdings auch rechtliche Nachtheile eintraten, Trummer §. 28. In jenem vulgären Sinn gebrauchen auch wir noch heutzutage dieſen Ausdruck, indem wir von charakterloſen Menſchen oder von Frauen, welche ihre Sittlichkeit nicht wahren, ſagen, ſie haben ihre Ehre verloren, ſie ſeien ehrlos, obgleich dieſer Zuſtand für das Rechtsgebiet keine Bedeutung hat.

40) In dieſem Sinn wird der Dieb recht- und ehrlos genannt, vgl. Göſchen S. XXII. Die unehelichen Kinder dagegen waren rechtlos aber nicht ehrlos, vgl. Renaud Note 9.

41) So wird als ehrlos Derjenige bezeichnet, der den gelobten Frieden bricht, der als treulos oder heerflüchtig überführt wird (Sachsenſp. I 40), der Vaſall, der die Lehenstreue verletzt und ſeinen Herrn tödtet (Sachſ. III 84 §. 2) vgl. Gerber §. 39.

spätern Mittelalter bezeichnete die Ehrlosigkeit insbesondere den Verlust der Standesehre[42].

III. Als das römische Reich in Deutschland recipirt wurde, hielt man es für unbedenklich auch die Grundsätze desselben über Infamie zur Anwendung zu bringen, ohne zu bedenken, daß einerseits schon im justinianischen Recht die Infamie aufgehört hatte ein eigenes Rechtsinstitut mit bestimmten Voraussetzungen und Wirkungen zu bilden und daß andererseits die Infamie ein überwiegend publicistisches und rein nationales Institut sei, welches auf andere staatliche und nationale Verhältnisse sich nicht ohne weiteres übertragen lasse[43]. Zu dieser Anwendung des römischen Rechts trug der Umstand wesentlich bei, daß man bei der Übereinstimmung, welche in manchen Punkten zwischen der Lehre des römischen und der des deutschen Rechts über den Einfluß der Ehrenschmälerung auf die Rechtsverhältnisse stattfindet, im römischen Recht nur eine Wiederholung des eigenen zu sehen glaubte. Man berief sich auf das canonische Recht[44], welches die Grundsätze des römischen Rechts über Infamie anzuerkennen schien und ging sowohl bei der Abfassung der Reichsgesetze[45] als bei der Ausarbeitung der Particularrechte[46] von

---

42) Es ist eine durchaus ungerechtfertigte Annahme mancher Schriftsteller (z. B. Eichhorn Staats- und Rechtsgesch. §. 349, Marezoll S. 300 fg., Luden S. 623), daß schon in der älteren Zeit die Ehrlosigkeit den Verlust der Standesrechte bedeute. Dieser Annahme widerspricht schon der Umstand, daß der Sachsenspiegel von Ehrlosigkeit spricht, der doch noch von der gemeinen Freiheit der Schöffenbaren ausgeht und dem die späteren Standesverhältnisse noch fremd sind, vgl. Beseler I S. 321 fg.

43) Vgl. Renaud I §. 152, Phillips I §. 36, Mittermaier I §. 101, Beseler I §. 62, Marezoll S. 318 fg.

44) c. 2 C. VI. qu. 1. Omnes vero infames esse dicimus quos leges seculi infames appellant. Über das canon. Recht vgl. Walter Deutsches Privatr. §. 69 Note 2.

45) Notariatsordn. v. 1512 Einl. §. 2. Die Carolina erwähnt der Infamie als Strafe des Meineids und des Lenociniums, das Jemand durch die Person seiner Frau oder seines Kindes begeht (a. 107. 122). Andere Reichsgesetze erkennen die Infamie als Folge der Verurtheilung wegen Injurien an (Reichsschl. v. 1668, der aber nicht publicirt wurde) und drohen sie widersetzlichen Handwerksgesellen (1731), Notaren wegen Aufnahme einer Cession von Juden an Christen (Reichsabsch. von 1551 §. 80), Gotteslästerern (R. P. O. von 1577 Tit. 1 §. 7) und muthwilligen Bankerottirern an (R. P. O. von 1577 Tit. 23 §. 2).

46) So z. B. im würtemberg. Landr. Thl II Tit. 10; vgl. Wächter Handb. I §. 97 S. 902–911.

den Bestimmungen des römischen Rechts aus. Hiernach unterschied man eine infamia facti und eine infamia juris, welche letztere wieder in infamia mediata und immediata eingetheilt wurde, und nahm als eine qualitativ verschiedene dritte Art der Ehrenschmälerung die levis nota an[47], indem man mit dieser jene Personen behaftet ansah, welche gewisse verachtete Gewerbe trieben oder gewissen niedern Ständen angehörten. Trotz dieser romanisirenden Doctrin konnte dennoch das nationale Recht nicht ganz überwunden werden. Die Institute des ältern deutschen Rechts erhielten sich noch immer lebendig und nahmen den Kampf mit dem römischen Recht muthig auf. Das Resultat dieses Kampfes des römischen und des deutschen Rechts besteht in der Bildung neuer Begriffe, welche der modernen nationalen Lebensanschauung entsprechen[48]. Die alte Friedlosigkeit fiel gänzlich

47) Diese irrige Ansicht, daß die römische levis nota ein qualitativ verschiedener Grad der Ehrenminderung sei, wurde früher öfters aufgestellt; sie findet sich auch noch bei neueren Schriftstellern z. B. bei Marezoll S. 270 fg. und Mühlenbruch I §. 190, welche auch nach röm. Recht eine dreifache Ehrenminderung unterscheiden; s. dagegen Savigny II S. 188, Puchta Vorles. I S. 240 und schon Göschen Vorles. I §. 47.

48) Die Ansichten über die heutige Gestaltung dieser Lehre sind bekanntlich sehr verschieden (vgl. Beseler I S. 326. 327, Walter D. Privatr. §. 76, Gengler S. 109 fg.). Einige Schriftsteller nehmen an, das röm. Recht gelte noch im allgemeinen und sei nur durch deutsches Recht modificirt; dieß ist die Ansicht von Glück V S. 129 fg., Marezoll S. 321—326, Fritz Erläut. S. 148. 147, Wächter Handb. I S. 964 und von Bangerow selbst noch in der neuesten Aufl. I §. 52 (s. darüber auch Kritische Übersicht II S. 153). Eine andere Meinung stellt die röm. Infamie und die deutsche Ehrlosigkeit mechanisch neben einander als zwei neben einander geltende Institute; so Eichhorn Einleit. §. 84, dem Göschen I §. 48 folgt. Ein dritte Meinung (Budde S. 126 fg.) geht dahin, daß das justinianische Recht in dieser Lehre gar nicht recipirt worden sei und daß die altdeutschen zeitgemäß umgebildeten Grundsätze in steter Geltung geblieben seien. Die richtige Ansicht geht davon aus, daß die Grundlage dieser Lehre im deutschen Recht zu suchen sei, daß aber auf die moderne Ausbildung derselben, also auf die heutige Gestaltung derselben das römische Recht einen wesentlichen Einfluß ausgeübt habe. Diese Ansicht hat Mittermaier in Hudtwalker's crimin. Beiträgen I S. 475 fg. begründet und seine Ansicht hat bei den meisten Germanisten Eingang gefunden, so bei Beseler, Phillips, Gerber, Renaud, Walter, Gengler, Trummer (a. a. O. S. 125. 160) u. A. Nur ist es ein Irrthum, wenn manche dieser Schriftsteller (z. B. Beseler I S. 327 Nr. III, Walter §. 76) der Ansicht sind, Savigny wolle dem röm. Recht gar keinen Einfluß auf diese Lehre einräumen; denn auch Savigny ist der Ansicht, daß das römische Recht auf die heutige Gestaltung dieser Lehre Einfluß genommen habe und erklärt sich nur mit Recht gegen die unmittelbare Anwendung des röm. Rechts (II S. 229) und ebenso Puchta Pandekt. §. 120 Note ee.

hinweg[49]. Aus der Rechtlosigkeit bildeten sich zwei neue Begriffe heraus, die Ehrlosigkeit und die Anrüchtigkeit. Die Ehrlosigkeit wurde nunmehr unter dem Einfluß des römischen Rechts, indem man infamis mit ehrlos übersetzte, der technische Ausdruck für die alte Rechtlosigkeit[50] in Folge gewisser Verbrechen. Die Anrüchtigkeit bildete sich unter dem Einfluß der irrigen Ansichten über die römische levis nota[51] aus jener Art der alten Rechtlosigkeit heraus, welche daraus entsprang, daß Jemand unehelich erzeugt war oder gewisse verachtete Gewerbe trieb, nur daß sich in Ansehung dieser Gewerbe die Ansichten im Laufe der Zeit änderten. Endlich trat als dritter Begriff die Verächtlichkeit hinzu, welche mit der römischen turpitudo übereinstimmt und einen factischen Zustand unbestimmter Ehrenminderung bezeichnet, der rechtliche Wirkungen hervorbringt. An diese drei Begriffe wird auch für unser heutiges österreichisches Recht anzuknüpfen sein[52].

B. Dogmatische Darstellung.

§. 32. I. Unter der Ehrlosigkeit (Infamie) des heutigen Rechts[1] ist nicht ein gänzlicher Verlust der Ehre, welche die völlige Rechtlosigkeit nach sich zöge, sondern nur eine Schmälerung derselben zu verstehen, welche manche rechtliche Nachtheile zur Folge hat.

---

49) Das Institut des bürgerlichen Todes, welches noch in manchen Ländern vorkommt, steht in keinem historischen Zusammenhang mit der alten Friedlosigkeit, vgl. Marezoll S. 337, Budde S. 117 und insbesondere Renaud La mort civile en France par suite des condamnations judiciaires, son origine et son développement. Paris 1843.

50) In den Quellen des späteren M. A. gebrauchte man den Ausdruck Rechtlosigkeit zur Bezeichnung der Friedlosigkeit. Renaud §. 150 Note 1.

51) Marezoll S. 385 fg., Renaud §. 152.

52) Bei unseren Schriftstellern sowohl des Civil- als des Criminalrechts fehlt es gänzlich an einer Darstellung des Einflusses der Ehrenschmälerung auf das Rechtsleben, was insbesondere in Ansehung der Criminalisten zu tadeln ist, da diese in Folge der Bestimmung des Strafgesetzbuchs (§. 23 des älteren, §. 26 des neueren) hinlängliche Veranlassung hierzu hätten: sie stellen die nachtheiligen Folgen der Verurtheilung wegen eines Verbrechens als etwas Vereinzeltes dar, ohne in der Schmälerung der Ehre den gemeinsamen Mittelpunkt zu finden, was in vielen praktischen Beziehungen zu wesentlichen Unrichtigkeiten führt.

1) Vgl. im allgemeinen Marezoll S. 374 fg., Luden S. 626 fg., Mittermaier I §. 101—103, Befeler I S. 328 fg., Gerber §. 40, Walter §. 69 fg.

Dieſe rechtlichen Nachtheile ſind auch nach heutigem Recht überwiegend publiciſtiſcher Natur und es treten nur nebenbei einige privatrechtliche Wirkungen ein. Dieſe letztern allein ſind es, welche in einem Syſtem des Privatrechtes dargeſtellt werden müſſen[2]. Nach der Verſchiedenheit der Nachtheile kann man eine einfache und qualificirte Infamie unterſcheiden; bei der letztern treten noch einige rechtliche Nachtheile mehr ein als bei der erſtereu. Jede Infamie ſetzt eine Verurtheilung wegen eines Verbrechens voraus, es gibt nach öſterreichiſchem Recht keine ſ. g. infamia immediata[3]: in ſo fern iſt die Frage, wann die Ehrloſigkeit eintrete, eine Frage des Strafrechts[4]:

A. Einfache Infamie. Sie tritt ein als Folge einer Verurtheilung wegen eines Verbrechens[5]. Ihre privatrechtlichen Wirkungen beſtehen 1) in der Unzuläſſigkeit zur Führung einer Vormundſchaft[6]; 2) in dem Verluſt öffentlicher Agentien[7]; 3) in der Unzuläſſigkeit jeder Parteienvertretung vor einer öffentlichen Behörde[8]. Der wegen eines Verbrechens Verurtheilte iſt zwar weder zu Solennitätszeugniſſen[9]

---

2) Die Schriftſteller über deutſches Privatrecht (vgl. z. B. die Note 1 angef.) zählen in ihren Syſtemen auch alle politiſchen und publiciſtiſchen Nachtheile auf, welche die Infamie nach ſich zieht. Allein dieſe Folgen, wie z. B. daß Jemand die active und paſſive Wahlfähigkeit zu ſtaats- oder gemeindebürgerlichen Repräſentationen verliert, ſind für das Privatrecht ohne alle Bedeutung. — Über die publiciſtiſchen Wirkungen der Infamie nach öſterr. Recht ſ. Strafgeſ. v. 27. Mai 1852 §. 26 und dazu die Erläuterungen von Hye Comment. I S. 404 fg.

3) Nach gemeinem Recht iſt dieß beſtritten; die heutige Exiſtenz einer infamia immediata wird behauptet von Marezoll S. 350, verneint von Mittermaier a. a. O., Beſeler S. 329. 330, Walter §. 70 Nr. I.

4) Mittermaier §. 101. 102, Gerber §. 40 Note 4.

5) Der letzte Grund der Ehrloſigkeit liegt nicht in der Verurtheilung wegen eines Verbrechens, ſondern vielmehr darin, daß durch das Urtheil feſtgeſtellt worden iſt, der Verurtheilte habe wirklich das Verbrechen begangen, welches ihn der Ehre verluſtig macht. Daher iſt das Eintreten der Infamie unabhängig vom wirklichen Erleiden der Strafe. Luden S. 629. 630.

6) §. 191 a. b. G. B.; ebenſo nach röm. Recht l. 17 §. 1 D. de test. tut. (26, 2) vgl. Arndts §. 81.

7) §. 26 lit. f. des Strafgeſ.

8) Die Unfähigkeit zur Advocatur und zum Notariat (vgl. Not. Ord. v. 1512 Einleit. §. 2), die im §. 26 lit. f. des Strafgeſ. ausgeſprochen iſt, gehört dem öffentlichen Recht an: hierher gehört nun die im Text angeführte Wirkung. Hiernach iſt der Ehrloſe nicht bloß unfähig Proceßprocurator zu ſein, die Parteien im civil- und ſtrafrechtlichen Verfahren zu vertreten (vgl. l. 1 §. 5. 7. 8 D. de postul. 3, 1 und Savigny §. 83), ſondern überhaupt zu jeder Vertretung der Parteien vor einer öffentlichen Behörde unfähig, vgl. Hye S. 416.

9) Nach gemeinem Recht iſt dieß beſtritten (vgl. Savigny II S. 222 fg.);

noch zum gerichtlichen Zeugniß unfähig, er ist aber ein bedenklicher (verdächtiger) Zeuge[10]. 4) Es ist ins Ermessen des Richters gestellt, ob er einen wegen Verbrechens Verurtheilten im Civilproceß zu einem von ihm angebotenen gerichtlichen Parteieneid zulassen will[11]. B. Die qualificirte Infamie tritt entweder in Folge der Strafart ein, nemlich bei der Verurtheilung zur Todesstrafe und zum schweren Kerker oder in Folge der besonderen Qualification des Verbrechens. Nur die letztere Ursache zieht privatrechtliche Wirkung nach sich[12]. Die Verurtheilung wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht oder wegen Betrug zieht für den Verurtheilten nebst den obigen Wirkungen noch überdieß folgende privatrechtliche Nachtheile herbei. Der Verurtheilte ist 1) unfähig zum Solennitätszeugnisse[13]; 2) auf Einwendung des Gegners ein verwerflicher Zeuge[14]; 3) auf Einwendung des Gegners unzulässig zum Schätzungs- und Erfüllungseid[15].

---

von manchen Schriftstellern (z. B. Luden S. 626, Eichhorn Einl. §. 88, Marezoll S. 375) und auch in manchen Particularrechten (z. B. im würtemberg. vgl. Wächter im Arch. f. civil. Prax. Bd XXIII S. 40 fg.) wird Unfähigkeit des Ehrlosen zum Solennitätszeugniß angenommen; der entgegengesetzten Ansicht sind die meisten neueren Germanisten z. B. Mittermaier I §. 103 Nr. VIII, Beseler S. 332 lit. e.

10) A. G. O. §. 442 lit. h. vgl. Provisor. Civilproceßordn. für Ungarn u. s. f. §. 456 lit. c. Es hängt somit die Glaubwürdigkeit eines solchen Zeugen vom richterlichen Ermessen ab (§. 444 der A. G. O.), welches zwar nicht dahin gehen kann den Ehrlosen als vollkommen glaubwürdigen Zeugen anzusehen, wohl aber dahin, ihn als untüchtigen gänzlich zu verwerfen.

11) Diese zweckmäßige Bestimmung, welche sich weder im gemeinen Recht (Mittermaier §. 103 Note 16), noch im zeitherigen österr. Recht (Pratobevera Materialien V S. 181 Note *) findet, ist erst durch die provis. Civilproceßordn. für Ungarn u. s. f. §. 236 lit. b. eingeführt worden, gilt also vor der Hand nur für diese Länder. Der Ehrlose kann aber immerhin sowohl dem Gegner den Haupteid auftragen als den deferirten oder zurückgeschobenen Eid ohne Anstand leisten. Pratobevera V S. 181.

12) Die erstere Ursache hat nur eine publicistische Bedeutung, nemlich Verlust des Adels §. 27 lit. a. des Strafgef.; vgl. jedoch in dieser Beziehung Mittermaier §. 103 Nr. III, Beseler I S. 321 lit. β, Gerber §. 40 Nr. 4.

13) §§. 592. 1249. 484 des a. b. G. B.

14) A. G. O. §. 440 lit. b. Provis. Civilproceßordn. für Ungarn u. s. f. §. 455 lit. a. Es wäre aber zu wünschen gewesen, daß man im Einklang mit der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis (vgl. Mittermaier §. 103 Nr. VII, Beseler I S. 333, Wächter im Arch. XXIII S. 44 und Note 9) in der neuen provis. C. P. O. den wegen Meineids Verurtheilten für absolut zeugnißunfähig erklärt hätte.

15) Diese zweckmäßige Bestimmung trifft erst die provis. C. P. O. für Ungarn

Die Ehrlosigkeit dauert das ganze Leben hindurch[16]; sie haftet beständig auf dem Ehrlosen, weil der Grund, der sie herbei geführt hat, nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann. Sie hört daher mit dem Ablauf der Strafzeit nicht auf[17], bleibt fortbestehen, wenn auch von der Strafe begnadigt wird[18], dafern nicht eine eigene landesherrliche Wiederherstellung der Ehre (restitutio famae) stattfindet[19].

II. Die Verächtlichkeit[20] (turpitudo des römischen Rechts) ist die Folge einer Verurtheilung durch die öffentliche Meinung. Sie ist ein factischer Zustand, welcher rechtliche Wirkungen nach sich zieht. Die Ursachen, welche diesen Zustand herbeiführen, lassen sich nicht bestimmt angeben, da die Verächtlichkeit nicht an speciell bestimmte Voraussetzungen geknüpft, sondern das Resultat der durch die verschiedensten Einflüsse bestimmten öffentlichen Meinung ist. Im allgemeinen wird ein unsittlicher Lebenswandel oder eine unwürdige Lebensweise, wie die der öffentlichen Dirnen und Vagabunden, nach der Auffassung des österr. Rechts die Verurtheilung wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung aus betrüglicher gewinnsüchtiger Absicht so wie die Entbindung von der Instanz, ferner die Concurseröffnung[21] und ähnliches die Verächtlichkeit herbeiführen. Die rechtlichen Wirkungen bestehen in privatrechtlicher Hinsicht im allgemeinen in der

---

u. s. f. § 235 lit. c. Es gilt also in dieser Beziehung, was Note 14 gesagt wurde; ebenso gilt hier die Note 14 gemachte Bemerkung rücksichtlich der Meineidigen.

16) Auch nach röm. Recht dauert die Infamie in der Regel das ganze Leben hindurch, vgl. Savigny S. 199 Nr. 3; über einige Modificationen dieser Regel im röm. Recht s. Böcking I §. 60 Note 27.

17) Die provis. C. P. O. für Ungarn u. s. f. spricht dieß zum Ueberfluß noch ausdrücklich aus §. 153 lit. a. § 156 lit. c.

18) l. 3 C. de gener. absol. (9, 43) — indulgentia quos liberat notat nec infamiam criminis tollit sed poenae gratiam facit.

19) l. 1 §. 10 D. de postul. (3, 1); ebenso die Reichsgesetze (Reichsabsch. v. 1526 §. 6, Reichsschl. v. 4. Sept. 1731 §. 11. 13). In Oesterreich kommt bisher eine solche restitutio famae nicht vor, sondern nur eine Nachsicht der einen oder anderen nachtheiligen Folge im Wege der Begnadigung (vgl. Hye S. 408 in der Note a. E.). Dieß erklärt sich daraus, daß man bisher nur die einzelnen nachtheiligen Folgen eines Verbrechens in ihrer Vereinzelung ins Auge gefaßt hat, ohne dieselben als Wirkung der geschmälerten Ehre, also als Ausfluß eines juristischen Zustandes, der in seiner Totalität behebbar wäre, anzusehen.

20) Vgl. Mittermaier §. 104 Nr. II, Marezoll S. 398 fg., Luden S. 631. 632, Walter §. 78, Gerber §. 42.

21) Gemeinrechtlich ist dieß nicht (Mittermaier §. 104 Nr. 3 und Luden Note 108), wohl aber öfters particularrechtlich.

Zurücksetzung in solchen Fällen, wo volles Vertrauen gefordert wird und dem Beurtheilenden die freie Berücksichtigung der Individualität eingeräumt ist. Daher sind solche Personen nicht zur Vormundschaft zuzulassen[22]; der Vormund kann seine Einwilligung zur Ehe mit solchen Personen versagen (§. 53 a. b. G. B.); ein beharrlich geführter unsittlicher Lebenswandel ist ein Enterbungsgrund (§. 768 Nr. 4. §. 769 a. b. G. B.) und mancher Verächtliche erscheint als bedenklicher Zeuge[23].

III. Eine Anrüchtigkeit oder Unehrlichkeit, welche als Folge der unehelichen Geburt oder eines gewissen Gewerbes rechtliche Nachtheile nach sich zöge, gibt es nach heutigem österreichischem Rechte nicht mehr[24].

8. Minderung der Rechtsfähigkeit in Folge von Verbrechen.

§. 33. Die Verurtheilung wegen eines Verbrechens zur schweren Kerkerstrafe oder zum Tode zieht für den Verurtheilten zwar nicht eine Vernichtung seiner privatrechtlichen Persönlichkeit[1], wohl aber eine wichtige Beschränkung seiner Privatrechtsfähigkeit nach sich. 1) Der Verurtheilte verliert vom Zeitpunkte der Kundmachung des keinem

---

22) §. 494 a. b. G. B.; so auch schon nach röm. Recht l. 17 §. 4 D. de test. tut. (26, 2) vgl. Puchta Pand. §. 119 Note e.

23) Nach österr. Recht ist der von der Instanz Entbundene ein bedenklicher Zeuge (A. G. O. §. 143), eine Bestimmung, die sich wohl nicht rechtfertigen läßt (vgl. Wächter Archiv XXIII S. 12) und auch in die provis. C. P. O. für Ungarn u. s. f. nicht übergegangen ist. Nach den Bestimmungen der letztern (§. 156 lit. d. und §. 236 lit. c. d.) sind die wegen eines Vergehens oder einer Übertretung aus beträglicher oder gewinnsüchtiger Absicht schuldig Erkannten bedenkliche Zeugen und es ist ins Ermessen des Richters gestellt, ob er eine in Concurs verfallene oder wegen Verschwendung unter Curatel gesetzte Person zu einem von ihr angebotenen Eid zulassen will. — In Ansehung aller übrigen Verächtlichen steht dem Richter ein freieres Ermessen zu, so daß er sie als vollkommen glaubwürdige Zeugen behandeln kann, aber auch berechtigt ist sie als minder glaubwürdige zu behandeln (l. 8 pr. D. de test. 22, 5 — an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis — Nov. XC c. 4). A. A. ist F. Schuster im Comment. zu der provis. C. P. O. S. 440.

24) Über die Unehelichen s. insbes. §. 162 des a. b. G. B., vgl. Gengler S. 107. 113. 114.

1) Es gibt also nach österr. Recht nicht, wie nach franz. und baier. Recht, einen bürgerlichen Tod. Zeiller in der Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1826 II S. 161 fg.

weitern Rechtszuge unterliegenden Urtheils [2], solange seine Strafzeit dauert, die rechtliche Fähigkeit eine Ehe zu schließen[3] §. 64 a. b. G. B.[4]. 2) Der Verbrecher verliert, solange seine Strafzeit dauert, die Fähigkeit ein Testament zu errichten (testamentifactio activa) §. 574 a. b. G. B. §. 27 lit. b. des Strafges. Stirbt der Verbrecher während der Strafzeit, so kann auch das früher errichtete Testament nicht als giltig betrachtet werden[5], sondern es tritt die gesetzliche

---

2) Vgl. hierüber §. 17 des Strafgesetzb.

3) Das Nähere hierüber s. vorläufig bei Stubenrauch I S. 225—230. — Die geschlossene Ehe wird durch eine solche Verurtheilung nicht gelöst. Der unschuldige katholische Ehegatte kann aber auf Scheidung (§. 109 a. b. G. B.), der protestantische auf Trennung der Ehe klagen (§. 115 a. b. G. B.).

4) Es ist eine verwerfliche Nachwirkung der älteren verkehrten Auffassung der Ehe als eines rein obligatorischen Vertrags, wenn unsere Schriftsteller (so z. B. auch noch Stubenrauch I S. 225. 226) die rein singuläre dem canon. Recht unbekannte Vorschrift des §. 64 a. b. G. B. als eine Folge des im §. 23 lit. b. des alten (§. 27 lit. b. des neuen) Strafges. ausgesprochenen Grundsatzes, „daß der Verbrecher solange seine Strafzeit dauert unter Lebenden ein für ihn verbindliches Geschäft nicht schließen könne" darstellen und die Unfähigkeit eines solchen Verbrechers eine Ehe zu schließen damit erklären wollen, „daß er sich auch hierdurch allerdings wichtige Verbindlichkeiten auflegen würde."

5) Alle unsere Schriftsteller (von Zeiller II S. 449 angefangen bis auf Stubenrauch II S. 326 fg. und Hye Commentar I S. 427) sind der entgegengesetzten Ansicht, indem sie meinen, daß in Ansehung der rechtlichen Testirfähigkeit des Erblassers nur die Zeit der Errichtung des Testaments, nicht auch die Zeit des Todes in Betracht komme, daher ein vom Verbrecher vor der Verurtheilung errichtetes Testament giltig bleibe, wenn auch der Verbrecher während seiner Strafzeit sterbe. Sie berufen sich hierfür auf §. 575 a. b. G. B. („Ein rechtsgiltig erklärter letzter Wille kann durch später eintretende Hindernisse seine Giltigkeit nicht verlieren"), meinen das österr. Recht unterscheide sich hierin vom röm. Recht und sehen in einigen besonderen in gegentheiliger Weise durch die Gesetzgebung entschiedenen Fällen eine singuläre Ausnahme (vgl. neuerlichst Stubenrauch II S. 326. 327). Allein gegen diese ganze Auffassungsweise muß schon an diesem Ort entschieden Verwahrung eingelegt werden. Die Bestimmung des röm. Rechts (l. 1 §. 8 D. de B. P. secund. tabul. 37, 11: Exigit praetor ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit et quum facit testamentum et quum moritur) ist in der Natur der Sache tief begründet (vgl. Savigny System VIII S. 451—455) und muß daher auch für unser österr. Recht in Anwendung gebracht werden. Fehlt dem Erblasser die rechtliche Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments im Moment des Todes, so kann ein zur Zeit der Testirfähigkeit errichtetes Testament nicht als giltig und wirksam behandelt werden, weil jener Mangel der Testirfähigkeit nicht darin besteht, daß Jemand ein giltiges Testament nicht machen kann, sondern darin, daß Jemand ein giltiges Testament nicht hinterlassen kann. Die Erbfolge aus dem Testament ist die Regulirung der Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen nach dessen letztem Willen d. h. nach dessen

Erbfolge ein[6]. 3) Die Fähigkeit zum Erben eingesetzt zu werden (testamentifactio passiva), überhaupt von Todeswegen zu erwer-

---

einmal geäußertem bis zu seinem Tod nicht widerrufenem also im Moment des Todes noch fortbestehendem Willen. Wird dieser Wille im Moment des Todes vom Recht nicht anerkannt, so kann nach diesem nicht anerkannten Willen auch der Nachlaß nicht regulirt werden, mag immerhin der Wille zu einer Zeit geäußert worden sein, wo er noch vom Recht anerkannt wurde. Die Annahme, daß ein früher giltig errichtetes Testament durch die nachfolgende rechtliche Testirunfähigkeit nicht ungiltig werde, verkehrt das ganze Verhältniß und versetzt den Schwerpunkt des Testaments in die Lebenszeit des Erblassers, während er doch in der Zeit nach seinem Tode liegt (vgl. Preuß. Landr. I 12 §. 14). Wenn ein zum Tod oder zum schweren Kerker Verurtheilter für unfähig erklärt wird zu testiren, so kann dieß doch nicht so viel heißen, er dürfe zur Strafe kein Testament machen, seinen Willen nicht auf einem Bogen Papier aufschreiben u. s. f., da das bloße Errichten eines Testaments ein juristisch ganz indifferenter Act ist, sondern es muß dieß bedeuten, der Verbrecher dürfe zur Strafe kein Testament hinterlassen: die Erbfolge in sein Vermögen wird nach seinem Tod nicht nach seinem Willen regulirt, da er dieses Rechts zur Strafe verlustig geht, sondern nach dem Willen des Gesetzes. Der §. 575 a. b. G. B. bezieht sich nur auf jene Fälle, wo durch spätere Ereignisse die physische Fähigkeit ein Testament zu machen hinwegfällt, z. B. der Testator später wahnsinnig wird, oder wo selbst die rechtliche Fähigkeit hinwegfällt aber nur in den Zwischenzeiten (media tempora), ferner auf die Fälle, wo z. B. ein Zeuge späterhin die Fähigkeit zum Solennitätszeugniß verliert u. dgl. Jene für singulär gehaltenen Bestimmungen der österr. Gesetzgebung sind daher als Anwendung der Regel anzusehen. — Die Fassung des §. 27 lit. b. des Strafg. („der Verbrecher kann, solange seine Strafzeit dauert, weder unter Lebenden ein für ihn verbindliches Geschäft schließen noch einen letzten Willen errichten. Seine vorigen Handlungen und Anordnungen aber verlieren wegen der Strafe ihre Giltigkeit nicht") erzeugt wohl leicht den Schein, als sollte damit in der That bestimmt werden, daß der Verbrecher nur die Fähigkeit verliere ein Testament zu machen, indem es nahe liegt unter dem Ausdruck „Anordnungen" auch die letztwilligen zu verstehen. Dieser Schein wird aber sofort durch die Erwägung zerstört, daß selbst in dem Fall, wenn man die Anordnungen, von denen §. 27 lit. b. spricht, von den letztwilligen versteht, sich diese Bestimmung recht gut auf den Fall beziehen läßt, wo der Verbrecher erst nach Ablauf der Strafzeit stirbt und keine neue letztwillige Anordnung getroffen hat. Am allerwenigsten aber kann man mit Hye Comm. I S. 427 sagen „die Schlußanordnung des §. 27 lit. b. folge mit logischer Nothwendigkeit schon aus dem Vordersatz des §. 27 lit. b., gleichwie sie auch aus natürlichen Rechtsgrundsätzen selbstverständlich sei und eine weitere ausdrückliche (?) Bestätigung in dem §. 575 und 576 (?) des a. b. G. B. erhalten habe."

6) Übrigens ist diese ganze Bestimmung des §. 574 a. b. G. B. und §. 27 lit. b. des Strafg. nichts anderes als ein matter Nachklang der älteren unrichtigen Auffassung des röm. Rechts, indem man früherhin die Testirunfähigkeit des zu einer Capitalstrafe verurtheilten Verbrechers (l. 8 D. qui testam. fac. poss. 28, 1) für eine Folge der mit jener Strafe verbundenen Vermögensconfiscation ansah, statt in ihr bloß die Folge der capitis diminutio magna zu sehen, welche jene Verurtheilung nach sich zog (vgl. insbes. Wächter im Archiv f. civil. Praxis Bd XVII

ben[7], verliert der Verbrecher nicht. — Andere Beschränkungen der Rechtsfähigkeit des Verbrechers gibt es nicht, denn die Bestimmung des Strafgesetzb. §. 27 lit. b., daß ein solcher Verbrecher die Fähigkeit verliert für ihn verbindliche Geschäfte zu schließen, ist nicht eine Beschränkung seiner Rechtsfähigkeit[9], sondern eine Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit.

4. Minderung der Rechtsfähigkeit in Folge unbefugter Auswanderung.

§. 34. Die unbefugte Auswanderung[1] zieht für den Auswanderer[2] eine sehr beträchtliche Beschränkung seiner Privatrechtsfähigkeit nach sich. Der Ausgewanderte hört zwar nicht auf als ein privatrechtsfähiges Individuum betrachtet zu werden[3]; daher besteht die

---

S. 424—434, Puchta Pand. §. 463, Mühlenbruch in der Fortf. zu Glück's Comment. Bd. XXXIV S. 37 fg., Wangerow II §. 428 Nr. III). Es wäre wohl gewiß besser gewesen bei der Revision des Strafgesetzes jene Bestimmung, welche einerseits durch den gänzlichen Hinwegfall der Vermögensconfiscation, andererseits durch die Beschränkung auf die Strafzeit des Verbrechers allen äußeren und inneren Halt verloren hat, nach dem Vorbild anderer neuer Legislationen z. B. der würtembergischen (Wächter im Archiv f. civil. Pr. Bd. XXIII S. 48) gänzlich aufzugeben.

7) Nach röm. Recht sind allerdings die zu einer Capitalstrafe Verurtheilten successionsunfähig (l. 8 D. de his quae pro non script. 34, 8 l. 13 D. de B. P. 37, 1 l. 1 C. de hered. instit. 6, 24), allein diese Unfähigkeit war die Folge des Verlustes des status libertatis oder civitatis, wovon im heutigen Recht überhaupt nicht mehr die Rede sein kann, vgl. Wächter Archiv XXIII S. 40, Wangerow II §. 404 Nr. 2.

8) Es gibt nur einige Fälle, in welchen in Folge gewisser sträflich verpönter Handlungen ohne Rücksicht auf die Strafart (§. 540—543 a. b. G. B.) Erbunwürdigkeit (Indignität) eintritt, welche von der Erbunfähigkeit scharf unterschieden werden muß. Es ist daher nach zwei Seiten hin unrichtig, wenn Hye I S. 427 bei Besprechung des §. 27 lit. b. des Strafgef. von einer Beschränkung der Erbfähigkeit in Folge der Bestimmung der §§. 540—545 spricht.

9) Es ist daher unrichtig, wenn Hye (Comm. I S. 408 in der Note) in ganz allgemeiner Weise von einer „Beschränkung der allgemeinen bürgerlichen Rechtsfähigkeit" spricht.

1) Über den Begriff der unbefugten Auswanderung und die Voraussetzungen, unter welchen sie eintritt s. weiter unten §. 89.

2) Diese Folgen treffen nur den Auswanderer, nicht auch seine mitgenommenen minderjährigen Kinder §. 16—18 des Auswanderungspatents v. 24. März 1832.

3) Es kann daher nicht von einem „bürgerlichen Tod" des Ausgewanderten gesprochen werden, da dieser Ausdruck in der gewöhnlichen Bedeutung eine vollständige

Ehe des Auswanderers mit dem etwa zurückgelassenen Ehegatten fort[4], der Auswanderer bleibt Eigenthümer des Vermögens, welches er bei seiner Auswanderung in Österreich zurückgelassen hat und die vermögensrechtlichen Ansprüche Dritter an ihn gehen nicht unter[5]. Allein er verliert 1) die Fähigkeit unter was immer für einem Titel ein Vermögensrecht in Österreich zu erwerben oder ein solches zu veräußern[6]. Er wird 2) erbunfähig; die Erbschaften, zu denen er durch Testament oder Gesetz berufen war, gelangen an jene Personen, welche in seiner Ermangelung als gesetzliche oder testamentarische Erben darauf Anspruch haben[7]. 3) Er wird testirunfähig; nach seinem Tode wird das mittlerweile sequestrirte Vermögen seinen gesetzlichen Erben hinausgegeben[8]; ein vor der Auswanderung errichtetes Testament wird ungiltig[9]. 4) Der unbefugte Auswanderer verliert über die etwa in Österreich zurückgelassenen Kinder die väterliche Gewalt (§. 176 a. b. G. B.). — Wird der unbefugte Auswanderer rehabilitirt, so erwirbt er wieder die volle Rechtsfähigkeit und die bisherigen Beschränkungen derselben fallen hinweg. Doch versteht es sich hierbei von selbst, daß durch diese Rehabilitation mittlerweile erworbene Rechte dritter Personen nicht berührt werden[10].

Vernichtung der privatrechtlichen Persönlichkeit bezeichnet; vgl. Zeiller in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 II S. 161 fg.

4) Nur kann unter Umständen der zurückgelassene Ehegatte auf Scheidung oder Trennung klagen §. 109. 115 a. b. G. B.

5) Dieses in Österreich befindliche Vermögen des Ausgewanderten wird solange er lebt sequestrirt; die Rechte und Forderungen Dritter darauf so wie die Alimentationsansprüche und die Ansprüche auf standesgemäßen Unterhalt der etwa zurückgebliebenen Kinder oder Gattin werden fortwährend aus demselben befriedigt §. 11. 12 des Auswanderungspat.

6) Der §. 10 lit. c. des Auswanderungspatents spricht zwar nur von der Unfähigkeit Eigenthum zu erwerben oder hintanzugeben; allein es ist keinem Zweifel unterworfen, daß Eigenthum hier in der weiten Bedeutung (§. 353 a. b. G. B.) genommen wird, in welcher es so viel wie Vermögen bedeutet.

7) §. 10 lit. c. des Patents, §. 544 a. b. G. B.

8) §. 14 des Patents.

9) §. 10 lit. c. des Patents. Diese Bestimmung ist eine Anwendung des Grundsatzes, daß der Testirer in zwei Momenten testirfähig sein müsse, im Moment der Testamentserrichtung und im Moment des Todes (vgl. den vorhergeh. § in der Note 5).

10) Dieß bestimmt überdieß ausdrücklich §. 23 des Patents.

C. Andere juristisch bedeutende Zustände und Eigenschaften der Personen.

Einleitung.

§. 35. Die bisher geschilderten Zustände und Eigenschaften der Personen haben auf ihre Rechtsfähigkeit im Allgemeinen einen wesentlichen Einfluß, indem sie Beschränkungen und Modificationen derselben zur Folge haben. Es gibt aber noch andere Zustände und Qualitäten der Personen, welche für die privatrechtliche Stellung derselben überhaupt, für die Begründung gewisser Rechtsverhältnisse und insbesondere für die Handlungsfähigkeit der natürlichen Personen von Bedeutung sind[1]. Diese für das Privatrecht wichtigen Zustände sind theils natürliche theils staatliche.

I. Natürliche Zustände.

1. Geschlecht.

§. 36. Das österreichische Recht[1] erkennt gleich dem römischen[2] nur zwei Geschlechter an. Zwitter, bei denen eine gleiche Mischung der Geschlechter stattfinden soll und welche daher in juristischer Beziehung weder als Mann noch als Weib anzusehen wären, werden vom Recht als nicht vorhanden angenommen[3]. Solche Personen gehören zu jenem Geschlecht, welches nach Ausspruch der Sachverständigen in ihnen das vorherrschende ist[4].

---

1) Über die Stellung dieser Partie im System vgl. insbes. Sintenis I S. 96 Note 16, vgl. auch Schilling II §. 33.

1) Im bürgerlichen Gesetzbuch finden sich keine allgemeinen Bestimmungen über die Verschiedenheit des Geschlechts und deren Einfluß auf das Rechtsgebiet. Manche Particularrechte wie z. B. das baier. Landrecht (I 3 §. 2) und das preußische (I 1 §. 19—23) enthalten manche besondere Bestimmungen.

2) l. 10 D. de statu hom. (1, 5) l. 15 §. 1 D. de testib. (22, 5) l. 6 §. 2 D. de liber. et posthum. (28, 2).

3) Anders im älteren deutschen Recht, welches die Existenz von Hermaphroditen annahm (s. g. altvile Sachsenssp. I 43 über dieses räthselhafte Wort vgl. Grimm R. A. S. 409. 440, Sydow Erbrecht des Sachsenssp. S. 67) und sie für lehen- und erbunfähig erklärte. Sachsenssp. I 4.

4) l. 10 D. cit. Quaeritur hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus aestimandum qui in eo praevalet. l. 15 §. 1. cit. — Sollte sich in der That, wie Bergmann Lehrb. der medicina forensis für Ju-

Im älteren deutschen Recht[5] waren die Frauen, bei aller Verehrung, die ihnen gezollt ward[6], theils in Folge der altdeutschen Ansicht über die Wehrfähigkeit theils in Folge der Versetzung des Privatrechts mit dem öffentlichen Recht in vielen rechtlichen Beziehungen hinter die Männer zurückgesetzt. Diese Zurücksetzung äußerte sich auf dem privatrechtlichen Gebiet insbesondere in der Unfähigkeit zur Erwerbung von Grundeigenthum, in der Beschränkung der Erbfähigkeit und der Handlungsfähigkeit (Geschlechtsvormundschaft) und in der Unfähigkeit Eideshelfer und Zeuge zu sein[7]. Im heutigen Recht stehen die Frauen theils in Folge der Veränderung jener älteren Grundansichten theils in Folge des Einflusses des römischen Rechts[8] in privatrechtlicher Beziehung im allgemeinen den Männern gleich. Als Regel erscheint somit heutzutage die gleiche Rechts- und Handlungs-

---

risten (1846) S. 259 angibt, der Fall ereignen, daß ein Hermaphrodite geschlechtslos oder ein Urtheil über das Geschlecht eines solchen Menschen bei dessen Lebenszeiten unmöglich wäre, dann bliebe nichts übrig als das Loos entscheiden zu lassen, welchem Geschlecht eine solche Person angehören solle, vgl. Walter Deutsches Privatr. §. 56. A. A., wie ich glaube mit Unrecht, ist Stubenrauch I S. 131; nach seiner Meinung könnten in einem solchen Falle jene Rechte nicht angesprochen werden, welche an ein bestimmtes Geschlecht geknüpft sind; aber alle Rechte einer physischen Person sind an ein bestimmtes Geschlecht, Mann oder Weib, geknüpft, nur daß in vielen Fällen für beide Geschlechter das Gleiche gilt.

5) Vgl. Laboulaye Recherches sur la condition civile et politique des femmes Paris 1843, Davoud-Oghlou Histoire de la legislation des anciens Germains I p. XLV, Grimm R. A. S. 403—440; vgl. auch Mittermaier I §. 46, Renaud I §§. 53. 62.

6) Vgl. Waitz Deutsche Verfassungsgesch. I S. 15. Über das höhere Wergeld der Frauen in der Zeit der Volksrechte s. Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 441.

7) Auch nach ungarischem Recht gab es bis in die neueste Zeit herauf solche Beschränkungen des weiblichen Geschlechts. Das ungarische Recht geht von der Ansicht aus, daß das Vaterland durch die Männer mit dem Schwert geschützt werde (Verbőczy Tripart. I 18), daher das männliche Geschlecht als der dignior sexus erschien (Tripart. 141. 53 cf. l. 4 pr. D. de senator. 1, 9) und die Frauen in der Regel unfähig waren in die königlichen Donationen zu succediren (Tripart. I 17. 18. 19. 48). Die unverheiratheten Frauen standen stets unter Tutel (Tripart. I 91. 112), von der sie in neuerer Zeit häufig und anstandslos durch Privilegium befreit wurden (Jung Ungar. Privatr. I §. 8). — Alle diese Beschränkungen haben mit der Einführung des bürgerl. Gesetzb. sofort aufgehört und die Frauen sind ausdrücklich für successionsfähig in die königl. Schenkungen erklärt worden. Aviticitätspatent v. 29. Mai 1853 Hauptst. II §. 5.

8) Vgl. Schilling Institut. II §. 34, Puchta Pandekt. §. 28, Böcking I §. 37.

fähigkeit beider Geschlechter[9] und es gelten im allgemeinen für beide Geschlechter die gleichen Rechtssätze[10]. Von dieser Gleichstellung gibt es manche Ausnahmen, welche sich theils aus der Verschiedenheit der Natur beider Geschlechter und aus der Rücksicht auf Schicklichkeit und Sitte erklären, theils Überreste der älteren Beschränkung der Frauen sind. Hierher gehört die Unfähigkeit der Frauen zur Führung von Vormundschaften und Curatelen[11], ihre Unfähigkeit zur Zeugenschaft bei Testamenten[12] und bei Tabularurkunden (§. 434 a. b. G. B.), ihre regelmäßige Ausschließung von der Succession in Familienfideicommisse und in Lehen[13] und ihre Zurücksetzung gegen die Söhne bei der Erbfolge in Bauerngüter[14]. Aus der Geschlechtsvormundschaft des älteren Rechts[15] hat sich im österreichischen Recht die Vogtei des Ehemanns[16] und eine freilich nur unbedeutende Spur im ehelichen Güterrecht erhalten[17]. Dagegen ist die aus dem römischen Recht stammende Beschränkung des weiblichen Geschlechts in Ansehung der Eingehung von Bürgschaften im österreichischen Recht hinweggefallen (§. 1349 a. b. G. B.)[18].

2. Alter.

§. 37. Das Alter hat einen natürlichen Einfluß sowohl auf die körperlichen als auf die geistigen Fähigkeiten des Menschen. Dieser

9) Diese Gleichstellung ist ausdrücklich anerkannt in Ansehung der Intestaterbfolge und des Pflichttheils in den §§. 732. 768 a. b. G. B.

10) Daher die Auslegungsregel (s. oben §. 13 Note 21) daß, was vom männlichen Geschlecht gesagt wird, ebenso für das weibliche gilt (l. 1 l. 195 pr. D. de V. S.), nicht aber umgekehrt (l. 45 pr. D. de leg. II).

11) §§. 192. 198. 284 a. b. G. B. Ebenso nach römischem Recht l. 16 pr. l. 18 D. de tut. (26, 1) Nov. XCIV c. 2 Nov. CXVIII c. 5.

12) §§ 594. 597 a. b. G. B. Ebenso nach römischem Recht l. 20 §. 6 D. qui testam. fac. (28, 1) §. 6 l. de test. ordin. (2, 10). — Dagegen sind die Frauen giltige Zeugen bei der Trauung, da die Zeugen hier nur als Beweiszeugen erscheinen; vgl. Schulte Handb. des kathol. Eherechts (Gießen 1855) S. 69.

13) §. 624 a. b. G. B. Ausnahmen §. 626 a. b. G. B. und feuda foeminina.

14) Pat. v. 27. Oct. 1790 (J. G. S. Nr. 72) §. 5.

15) Vgl. hierüber insbes. Kraut II §. 74—101.

16) §§. 91. 92. 1034 a. b. G. B., vgl. Gerber System §. 224 Note 4.

17) §. 1238 a. b. G. B. Es dürfte wohl kaum eine weniger befriedigende Partie im österr. Gesetzb. geben als die über das eheliche Güterrecht.

18) Die Frauen sind als solche nicht unfähig Wechselverbindlichkeiten einzugehen; es findet selbst der Wechselproceß gegen sie ganz allgemein nach österreichischem Recht (abweichend vom gemeinen Recht vgl Berger Wechselrecht 1850 S. 29) statt. — Die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit der Frauen in publicistischer Hinsicht (cf. l. 2 pr. D. de R. J. l. 12 §. 2 D. de judic.) gehören nicht an diesen Ort.

Einfluß macht sich auch auf dem Rechtsgebiet geltend und zeigt sich hier insbesondere in dem Umfang der Handlungsfähigkeit einer Person und in dem damit zusammenhängenden Institut der Vormundschaft, in der Fähigkeit oder Unfähigkeit zu gewissen Privatrechtsverhältnissen (z. B. zur Ehe, Vormundschaft, Adoption) und in der Verpflichtung zu gewissen Lasten oder der Befreiung von denselben. Der natürliche Einfluß des Alters äußert sich bei den verschiedenen Individuen auf verschiedene Weise. Das Recht als die objective allgemein geltende und von Allen im voraus zu wissende Norm kann diese maßlose Verschiedenheit in der körperlichen und geistigen Entwicklung der einzelnen Individuen nicht berücksichtigen. Auch hier muß das Recht die Ungleichheiten zu überwinden und das Princip der Gleichheit durchzuführen suchen. Dieß geschieht in dem vorliegenden Fall dadurch, daß das Recht eine den Entwicklungsperioden der Menschen im Durchschnitt möglichst entsprechende Abgrenzung der verschiedenen Lebensalter trifft. Der Mensch, den das Recht im Auge hat, ist aber auch in diesem Fall nicht der Mensch in abstracto, sondern der Mensch, wie er auf diesem Territorium in diesem Klima mit diesen Sitten lebt. Daher wird die durchschnittliche Fixirung der Altersstufen bei den verschiedenen Völkern eine verschiedene sein, obgleich zufolge der Gleichheit der menschlichen Natur in vielen Punkten eine Übereinstimmung stattfinden wird. — Die durchschnittlichen Bestimmungen des Alters nach österreichischem[1] Rechte (§. 21 a. b. G. B.) sind folgende:

1) Die **Kindheit** (infantia) das Alter von der Geburt bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahre[2]. In diesem Alter ist die geistige Fähigkeit des Menschen, insoweit sie zur Vornahme von juristischen Handlungen erforderlich ist, noch ganz unentwickelt: es ist die Periode

---

1) Über das römische Recht s. Zimmern Rechtsgeschichte I §§. 120. 121, Schilling Institut. II §. 35, Savigny System III §. 106—111, Puchta Pandekt. §. 28 und Vorles. I S. 53—55, Böcking I §. 38. — Über das deutsche Recht s. Grimm Rechtsalterth. S. 440—447, Kraut Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts (1835) S. 110—160. — Über das ungarische und siebenbürgische Recht vgl. Sachsenheim I S. 54 fg.

2) Savigny III §. 107. Über die Fixirung dieser Periode auf sieben Jahre s. insbes. Savigny S. 32 fg. Auch im ältern deutschen Recht hatte das zurückgelegte 7. Lebensjahr eine wichtige Bedeutung. Grimm R. A. S. 444.

des unausgebildeten Willensvermögens, der vollkommenen Handlungsunvollkommenheit[3].

2) Die Unmündigkeit (impuberes infantia majores) bei beiden Geschlechtern das Alter von acht Jahren bis zum zurückgelegten vierzehnten Lebensjahre[4]. In dieser Periode der mangelnden Geschlechtsreife und der noch unausgebildeten Einsicht wird dem Menschen bereits eine wenngleich noch ziemlich beschränkte Handlungsfähigkeit zuerkannt[5].

3) Die Mündigkeit (pubertas) das Alter vom zurückgelegten vierzehnten bis zum zurückgelegten vierundzwanzigsten Lebensjahre: die Periode unausgebildeter Erfahrung und noch mangelnder Charakterfestigkeit. In dieser Periode wächst allmälig der Umkreis der Handlungsfähigkeit und die Person, die in diesem Alter steht, ist zur Eingehung gewisser Privatrechtsverhältnisse z. B. der Ehe (§. 49 a. b. G. B.) und zur Vornahme gewisser Geschäfte z. B. zur Errichtung von Testamenten (§. 569 a. b. G. B.) fähig[6]. — Das achtzehnte Jahr (s. g. pubertas plena[7]) wird nach zwei Seiten hin auf dem Gebiete des Privatrechts von Bedeutung: einerseits erlangt der Mündige mit dem zurückgelegten achtzehnten Jahr das Recht außergerichtlich zu testiren (§. 569 a. b. G. B.), andererseits wird

---

3) Vgl. §§. 865. 340 a. b. G. B. — Der §. 1310 a. b. G. B. macht keine Ausnahme von dieser Regel der vollkommenen Handlungsunfähigkeit. — Der Ausdruck Kind wird aber auch öfters gebraucht um eine minderjährige Person zu bezeichnen.

4) Der Ausdruck Unmündigkeit im weitern Sinn bezeichnet die ganze Periode von der Geburt bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre.

5) §§. 340. 865. 1308 a. b. G. B. Über das röm. Recht vgl. Savigny III §. 108. — In strafrechtlicher Beziehung ist das Alter von zurückgelegten 10 Lebensjahren entscheidend (§. 2 lit. d §§. 237. 269. 270 des Strafgesetzb. v. 27. Mai 1852), da das österreichische Recht im Unterschied vom römischen Recht (vgl. Savigny III S. 44—44) die Zurechnungsfähigkeit auf civilistischem Gebiet früher beginnen läßt, als auf dem strafrechtlichen.

6) Personen die das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben sind nach der allgem. G. O. §. 140 lit. a auf Einwendung des Gegners verwerfliche Zeugen, was die ungar. G. O. §. 153 mit Recht dahin abgeändert hat, daß solche Personen absolut unzulässige Zeugen sind. Über die Eidesmündigkeit vgl. §. 235 lit. a der ungar. G. O.

7) Über die pubertas plena des röm. Rechts vgl. Savigny S. 74. 75, Puchta Pandekt. §. 23 Note g.

er mit diesem Alter fähig zum Solennitätszeugniß (§. 594 a. b. G. B.) [8].

4) Die Volljährigkeit (Großjährigkeit, Majorennität) [9], welche für beide Geschlechter mit dem zurückgelegten vierundzwanzigsten [10] Lebensjahr eintritt: mit diesem Alter tritt die Person in den vollen Umkreis der Handlungsfähigkeit. — Der Ausdruck Volljährigkeit bedeutet zunächst und im natürlichen Sinn eine Altersstufe, mit deren Eintritt die bisherigen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit hinwegfallen, somit die Ursache einer auf dem Rechtsgebiet eintretenden Wirkung. Man pflegt aber jenen Ausdruck häufig auch zur Bezeichnung der Wirkung selbst zu gebrauchen und versteht dann unter Volljährigkeit im juristischen Sinn den Zustand einer Person, in welchem sie in Besitz der vollkommenen Handlungsfähigkeit ist [11]. In diesem Sinn kann die Volljährigkeit einerseits früher erlangt, andererseits hinausgeschoben werden. a) Die Großjährigkeit kann vor

---

8) Auch in civilproceſſualiſcher Hinſicht (cf. l. 57 D. de re judic. 42, 1) iſt das Alter von 18 Jahren bedeutend, vgl. galiz. Gerichtsordn. §. 217 lit. e. f und ungar. G. O. §. 156 lit. a. b. §. 236 lit. a (die allgem. G. O. ſteht in dieſen Beziehungen auf das 20. Jahr §. 142 lit. e. f). — Das Alter von 18 Jahren iſt allerdings auch inſofern in privatrechtlicher Beziehung wichtig, als der Adoptirende um dieſe Jahresſumme älter ſein muß als der zu Adoptirende (§. 180 a. b. G. B. cf. §. 4 l. de adopt. 1, 11 l. 40 D. eod. tit. 1, 7): allein wie ſchon Sintenis I §. 18 Note 25 richtig bemerkt, iſt in dieſem Fall von keiner Altersſtufe, ſondern nur vom Älterſein die Rede. — Die Beſtimmung des röm. Rechts, daß Alimente, die bis zur Pubertät hinterlaſſen wurden, bis auf das 18. reſp. 14. Jahr erſtreckt werden ſollen (l. 14 § 1 D. de alim. leg. 34, 1) gilt nach öſterr. Recht nicht.

9) Im Deutſchen pflegt man die Ausdrücke Mündigkeit und Volljährigkeit als gleichbedeutend zu gebrauchen (Kraut I S. 154. 155); das öſterreich. Geſetzb. (§. 21) jedoch macht zwiſchen beiden Ausdrücken einen techniſchen Unterſchied. Bei letztwilligen Verfügungen, in welchen der Ausdruck Mündigkeit vorkommt (z. B. Alimente bis zur Mündigkeit), iſt aber ſtets mit Vorſicht zu ermitteln, in welchem Sinn der Erblaſſer das Wort nahm (§. 655 a. b. G. B.); vgl. Sintenis I §. 18 Note 26.

10) Über die Ausbildung des Volljährigkeitstermins im deutſchen Recht unter dem Einfluß des röm. Rechts vgl. Kraut S. 150—160. — Der Volljährigkeitstermin von 24 Jahren wurde in Öſterreich durch die Pragmatica vom 30. April 1753 eingeführt, ſtieß aber, da er unſtreitig zu hoch gegriffen iſt (vgl. Kraut I S. 158—160) auf lebhaften Widerſpruch; vergl. Beidtel Über öſterr. Zuſtände in den Jahren 1740—1780 in den Sitzungsberichten der kaiſerl. Akad. der Wiſſenſchaften Bd VII S. 845 fg.

11) Im natürlichen Sinn wird der Ausdruck Volljährigkeit im §. 178 a. b. G. B. gebraucht, bald im natürlichen bald im techniſchen Sinn im §. 252 a. b. G. B.

erreichten fünfundzwanzigsten Jahr auf ausdrückliche oder stillschweigende Weise erlangt werden. Ausdrücklich wird die Großjährigkeit durch die s. g. Großjährigkeitserklärung (Jahrgebung venia aetatis) erlangt. Diese ist ein Privilegium, dessen Ertheilung im heutigen österreichischen Recht[12] den Gerichtsbehörden zusteht. Die Voraussetzungen der Jahrgebung sind bei einem Minderjährigen welcher unter vormundschaftlicher Gewalt steht die Zurücklegung des zwanzigsten Jahres und die Einholung des Gutachtens des Vormunds und unter Umständen auch der nächsten Verwandten (§. 252 a. b. G. B.); bei einem unter der väterlichen Gewalt stehenden Minderjährigen die ausdrückliche Entlassung aus derselben mit Genehmigung des Gerichts[13] (§. 174 a. b. G. B.), wobei es auf eine bestimmte Altersstufe nicht ankommt[14]. In beiden Fällen ist das competente Gericht der Gerichtshof erster Instanz, welcher in einer Versammlung von vier Richtern und einem Vorsitzenden zur Ertheilung der Altersnachsicht befugt ist[15]. Das Gericht hat dem großjährig Erklärten eine Amtsurkunde auszufertigen[16]; vom Tag der

---

12) Über das römische Recht s. C. de his qui veniam aetatis (2, 45) t. t. und vgl. Rudorff Das Recht der Vormundschaft Bd. III (1834) S. 221 fg. — Im deutschen Recht bildete die Ertheilung der venia aetatis eines der Reservatrechte des deutschen Kaisers; vgl. Zöpfl Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (2. Aufl. 1847) II 2 §. 67. Über das ältere österr. Recht vgl. meine Besprechung des sächs. Entwurfs S. 54—57.

13) Der §. 266 des Gesetzes vom 9. Aug. 1854 über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen (welcher mit dem §. 268 der provisor. Instr. für Ungarn vom 17. Dec. 1852 übereinstimmt) bestimmt: „Über die Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt hat der Vater — seine Erklärung bei dem Gerichte, unter dessen Gerichtsbarkeit er steht, abzugeben. Findet das Gericht, daß die Befreiung von der väterlichen Gewalt dem Minderjährigen vortheilhaft und mit keiner Gefahr eines Mißbrauchs verbunden sei, so hat es die gerichtliche Genehmigung zu ertheilen und dem Minderjährigen eine Amtsurkunde darüber auszufertigen. Von der Zustellung dieser Urkunde an erlangt das Kind in Rücksicht seiner Person und seines Vermögens die Rechte eines Großjährigen."

14) Es braucht also das Kind das 20. Lebensjahr nicht bereits zurückgelegt zu haben; Hofdecr. vom 15. Juni 1835 Anhang Nr. 36.

15) Patent vom 8. Mai 1853 über die innere Einrichtung und die Geschäftsordnung sämmtlicher Gerichtsbehörden §. 149 lit. c. Durch diese Bestimmung ist der §. 83 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852 theilweise geändert worden, was hin und wieder übersehen wird, z. B. von Haimerl Versuch einer Darstellung der Competenz-Vorschr. (1855) S. 154.

16) Vgl. den in Note 13 angef. §. 266 des Gesetzes vom 9. August 1854. Es ist in diesem Paragraph wohl nur von dem Fall der Entlassung aus der väterlichen

Insinuation derselben ist die betreffende Person als volljährig zu betrachten[17]. — Stillschweigend findet die Altersnachsicht statt durch Concession einer Handlung oder eines Gewerbes an einen unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehenden Minderjährigen (§. 252 a. b. G. B.)[18] und durch die einem zwanzigjährigen Sohn vom Vater gestattete Führung einer eigenen Haushaltung (oeconomia separata §. 174 a. b. G. B.)[19]. — Die ausdrückliche oder stillschweigende Altersnachsicht hat in privatrechtlicher Beziehung die gleichen rechtlichen Wirkungen wie die wirklich erreichte Volljährigkeit im natürlichen Sinn (§. 252 a. b. G. B.). Dagegen ergibt sich aus dem Gesagten schon von selbst, daß die venia aetatis auf testamentarische und andere Privatdispositionen, in denen von der Volljährigkeit etwas abhängig gemacht wird, keinen Einfluß habe[20], es wäre denn daß eine andere Intention des Disponenten nachgewiesen werden könnte[21]. — b) Trotz der erreichten Altersstufe von 25 Jah-

---

Gewalt die Rede; allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch dem unter Vormundschaft Gestandenen eine solche Amtsurkunde über die ertheilte Altersnachsicht auszufertigen ist.

17) Ausdrücklich bestimmt dieß der angef. §. 266; vgl. hierüber auch Pucht a Vorles. I S. 54. Die Berechnung der im §. 1494 a. b. G. B. bestimmten Frist beginnt aber wohl erst mit der Insignation der Urkunde und der Überlassung der Verwaltung des Vermögens vgl. l. 5 pr. C. de temp. in int. rest. (2, 53).

18) Der Betrieb einer s. g. freien Beschäftigung oder die Ertheilung eines Industrieprivilegiums oder der Betrieb einer Wirthschaft hat diese Wirkung nicht, Hofdecr. v. 28. Oct. 1829 Anhang Nr. 40; andererseits ist es nicht erforderlich, daß der Minderjährige das Alter von 20 Jahren bereits zurückgelegt habe, Hofdecr. vom 15. Juni 1835. Bei der Verleihung von Handels- und Gewerbsbefugnissen an Minderjährige hat die politische Behörde immer mit der gerichtlichen Personalinstanz desselben Rücksprache zu nehmen, Hofdecr. vom 27. Sept. 1815 Anhang Nr. 37; über Italien, wo Gewerbe- und Handelsfreiheit besteht, s. Erlaß des Mailänd. Gubern. vom 29. Nov. 1819 (Michel Nr. 364). — Es läßt sich übrigens nicht verkennen, daß in dieser ganzen Bestimmung eine große Anomalie liegt, die insbesondere dann grell hervortritt, wenn etwa die Pupillarbehörde mit der politischen Behörde nicht einverstanden ist und nun dennoch der Minderjährige volljährig wird.

19) Über diese aus dem deutschen Recht stammende Erlöschungsart der väterlichen Gewalt (s. g. emancipatio Saxonica) wird im besondern Theil das Nähere gegeben werden.

20) z. B. der A vermacht dem B Alimente bis zur erreichten Großjährigkeit. l. 4 C. si quis veniam (2, 45): Si quis aliquid dari vel fieri voluerit et legitimae aetatis fecerit mentionem vel absolute dixerit perfectae aetatis, illam tantummodo aetatem intellectam esse videri volumus quae et viginti quinque annorum curriculis completur non quae ab imperiali beneficio suppletur. —

21) Die in Note 20 angeführte Stelle fährt fort: nisi specialiter quisquam

ren kann dennoch aus besonderen Gründen in manchen Fällen die vollkommene Handlungsfähigkeit nicht eintreten: in diesen Fällen bleibt der natürlich Volljährige im technischen Sinn minderjährig. Dieß äußert sich positiv in der Fortdauer der väterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt über eine solche Person, die das 24. Jahr bereits zurückgelegt hat (§§. 172. 173. 251 a. b. G. B.). Der Ausspruch hierüber steht dem Gerichtshof erster Instanz zu[22], und ist öffentlich durch Edict bekannt zu machen[23].

5) Von der erreichten Volljährigkeit an übt das Alter keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse aus. Erst die Zeit, wo Jemand in ein hohes Alter (Greisenalter senectus) tritt bringt wieder mehrere Eigenthümlichkeiten hervor[24]. In manchen Fällen ist diese Altersstufe fixirt, so z. B. ist das zurückgelegte sechzigste Lebensjahr ein Befreiungsgrund von der Übernahme der Vormundschaft[25], das zurückgelegte fünfzigste Jahr gibt die Fähigkeit zu adoptiren[26]. In manchen Fällen ist aber das Alter nicht fixirt, sondern das richterliche Ermessen hat nach der Individualität der betreffenden Person in jedem einzelnen Fall zu entscheiden, so z. B. tritt mit dem (nicht numerisch bestimmten[27]) hohen Alter die Möglichkeit ein wieder einen Vormund zu erhalten[28]; ferner bringt das hohe Alter eine Unfähigkeit zur Zeu-

---

addiderit ex venia aetatis vello aliquid proficere; vgl. Puchta Vorles. I S. 54 Note 3. Es ist also in der Regel bei Privatdispositionen der Ausdruck Volljährigkeit im natürlichen Sinn zu nehmen, dafern nicht nachgewiesen werden kann, er sei im technischen Sinn genommen worden.

22) Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852 §. 83, Patent vom 3. Mai 1853 §. 149 lit. c.

23) §. 172 a. b. G. B. Das Gesetz vom 9. Aug. 1854 schreibt (im Einklang mit §. 124 des Pat. vom 28. Juni 1850) im §. 184 vor, daß der Notar, in dessen Bezirk sich dieser Fall ereignete, hiervon insbesondere in Kenntniß zu setzen sei.

24) Über das römische Recht vgl. Thibaut im civilist. Archiv Bd VIII Abhandlung 2 „Über die senectus" S. 74—90.

25) §§. 195. 281 a. b. G. B. Nach römischem Recht ist hierzu ein Alter von 70 Jahren erforderlich §. 18 I de excus. tut. (1, 25) l. 2 pr. D. eod. tit. (27, 1).

26) §. 180 a. b. G. B. Nach röm. Recht sind 60 Jahre erforderlich l. 15 §. 2 D. de adopt. (1, 7).

27) Nach älterem deutschem Recht konnte Jeder, der über 60 Jahre alt war („boven sinen tagen"), sich unbeschadet seines Rechts einen Vormund kiesen. Sachsenspr. I 42 § 1.

28) Über das gemeine Recht vgl. Kraut II S. 205 fg. Es dürfte wohl kaum

genschaft und eine Modification der Eidesablegung hervor[29]. Im Bauernstand endlich führt das hohe Alter zur Gutsabtretung gegen den s. g. Altentheil[30].

3. Gesundheit.

§. 38. So wie die Gesundheit eine zweifache ist, die des Geistes und des Körpers, so ist auch die Krankheit eine zweifache, eine somatische und eine psychische (mentis et corporis valetudo).

1) Die körperliche Krankheit, das Leibesgebrechen im weitern Sinn, besteht entweder in der Mißbildung oder dem Mangel eines Organs (z. B. Stummheit, Taubheit, Blindheit, Zeugungsunfähigkeit) das s. g. Gebrechen im engern eigentlichen Sinn (vitium), oder in einer Störung der regelmäßigen Thätigkeit der Organe, Krankheit im eigentlichen Sinn (morbus), welche vorübergehend oder von Dauer (morbus perpetuus) sein kann[1]. Die Leibesgebrechen (im weitern Sinn) haben im heutigen Recht in Übereinstimmung mit dem römischen Recht[2] und in Abweichung vom älteren deutschen Recht[3] keinen Einfluß auf die Rechtsfähigkeit. Dagegen üben manche Leibesgebrechen auf die Handlungsfähigkeit der betreffenden Personen einen wesentlichen Einfluß aus[4] und können insbesondere auch Ver-

---

einem gegründeten Zweifel unterliegen, daß das Gleiche für unser heutiges österreichisches Recht gelte.

29) §§. 140 lit. a. 168. 229 der allgem. G. O. §§. 153. 165. 235 tit. b der ungar. G. O. Vgl. l. 8 D. de test. (22, 5).

30) Vgl. Beseler I §. 59 Nr. II a. E.

1) l. 101 D. V. S. Verum est morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum. Vgl. jedoch Böcking I §. 39 Note 4. — Eine Krankheit, welche zu einem gewissen Geschäft, um das es sich handelt, untüchtig macht (cujusque rei agendae impedimento est) und daher einen Entschuldigungsgrund abgibt, heißt morbus sonticus (l. 60 D. de re jud. 42, 1. l. 113 D. de V. S. l. 46 D. de judic. 5, 1), so z. B. die Krankheit des Zeugen, der nicht vor Gericht erscheinen kann, vgl. §§. 168. 229 b. A. G. O.

2) Über das röm. Recht vgl. Puchta Pandekt. §. 24, Arndts Pandekt. §. 37, Böcking I §. 39.

3) Vgl. Kraut Vormundschaft II S. 194—204. Nur im Lehenrecht und zum Theil auch im Staatsrecht hat sich noch ein Rest der älteren Rechtsunfähigkeit wegen körperlicher Gebrechen erhalten, vgl. Tabor in der Zeitschr. f. deutsches Recht IX S. 258 fg.

4) Das Nähere hierüber im 2. Bd.

anlassung zur Bestellung von Vormundschaften werden[5], so wie sie auch auf manches Rechtsverhältniß modificirend einwirken[6].

2) Die geistige Krankheit (§. 21 a. b. G. B.) besteht in einer gänzlichen Störung der Geistesthätigkeit: die mit ihr behafteten Personen sind des Gebrauchs der Vernunft gänzlich beraubt. Solche Personen heißen Rasende (furiosi), wenn ihr Zustand mit heftigen Ausbrüchen von Wuth begleitet ist; wenn dieß nicht der Fall ist Wahnsinnige (dementes)[7]. Beide Ausdrücke werden wie im römischen so im österreichischen Recht abwechselnd gebraucht und es gilt für beide Zustände in juristischer Beziehung das Gleiche[8]: Rasende und Wahnsinnige sind zwar nicht in ihrer Rechtsfähigkeit geschmälert[9], aber es mangelt ihnen vollkommen die Handlungsfähigkeit. — Verschieden von der gänzlichen Störung der Geistesthätigkeit ist die gänzliche Abschwächung der Geisteskräfte[10]. Personen dieser Art sind nicht im Stand die Folgen ihrer Handlungen einzusehen; sie sind daher gleich den Wahnsinnigen vollkommen handlungsunfähig und es gilt für sie in juristischer Beziehung ganz dasselbe, was für die Wahnsinnigen gilt (z. B. §. 49. 310. 865 a. b. G. B.). Das

---

5) So z. B. kann unter Umständen für Blinde, Taube, Stumme (§. 4 I. de curat. 1, 23), Taubstumme (§. 275 a. b. G. B.), Lahme u. s. f., ebenso für solche Personen qui morbo perpetuo laborant quia rebus suis superesse non possunt (§. 4 I. de curat. 1, 23) eine Vormundschaft bestellt werden. In Ansehung des gemeinen Rechts besteht hierüber nicht der mindeste Zweifel (vgl. auch Kraut Vormundsch. II S. 205 fg.); auch das österr. Recht weist auf diese Möglichkeit in den §§. 173. 251 sehr bestimmt hin. Dennoch hat Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1830 II S. 39 für das heutige österr. Recht gestützt auf eine bloß exegetische Interpretation des §. 21 a. b. G. B. das Gegentheil behaupten wollen; gegen ihn hat sich mit Recht auch Stubenrauch I S. 130. 458 Note** erklärt.

6) So z. B. sind anhaltende Leibesgebrechen ein Scheidungsgrund (§. 109 a. b. G. B.); ansteckende Krankheiten geben dem Vormund einen gesetzlichen Grund seinem Pflegling die Ehe mit einer damit behafteten Person zu untersagen (§. 53 a. b. G. B.); immerwährende Impotenz ist ein impedimentum dirimens (§. 60 a. b. G. B.); manche Leibesgebrechen machen untauglich zur Übernahme einer Vormundschaft (§. 191 a. b. G. B.) und zu einer Zeugenschaft (§. 140 lit. a. A. G. O. §. 165 der ungar. G. O.).

7) Vgl. Savigny III S. 83. 84.

8) l. 25 C. de nupt. (5, 4).

9) Über das ältere deutsche Recht vgl. Kraut Vormundsch. I S. 139 fg., II S. 191 fg.

10) Vgl. Savigny III S. 85, Böcking I S. 158.

österr. Gesetzbuch nennt diese Personen Blödsinnige (§. 21. a. b. G. B.) [11]. — Den geistig Kranken wird hin und wieder auch zufolge eines Ausspruchs in den römischen Rechtsquellen [12] der Verschwender gleichgestellt. Allein der Mangel der gehörigen Besonnenheit ist nur der Grund, um solche Personen in ihrer Handlungsfähigkeit zu beschränken [13]; sie unterscheiden sich daher von den wirklich Geisteskranken auch auf sehr wesentliche Weise in dem Umfang der Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit [14]. Als Verschwender im technischen Sinn kann nur jener angesehen werden, welchen das Gericht [15] auf vorgekommene Anzeige und nach hierüber gepflogener Verhandlung als solchen erklärt hat (s. g. Prodigalitätserklärung §. 273 a. b. G. B.) [16], welche Erklärung in der Form eines Edicts öffentlich bekannt zu machen ist [17].

---

11) Die römischen Ausdrücke dafür sind stultus, fatuus, mente captus, insanus. Im gemeinen Recht gebraucht man die Ausdrücke wahn- und blödsinnig als identisch; Savigny S. 85 Note b.

12) l. 40 D. de R. J. Über diese Stelle, welche erst durch Verbindung mit l. 19 l. 20 D. de aqua pluv. arc. (39, 3) ihre wahre Bedeutung erhält, s. insbes. Savigny III S. 88 Note p.

13) Gajus I 53: — male enim nostro jure uti non debemus, qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio. cf. Ulpian. Fragm. XII 2. 3. Paulli R. S. III 4 b §. 67. l. 1 pr. D. de curat. fur. (27, 10).

14) Auch sonst nimmt der Umstand, daß Jemand als Verschwender erklärt ist, auf manche Rechtsverhältnisse Einfluß; so z. B. verliert der Verschwender die väterliche Gewalt (§. 176 a. b. G. B.) und selbstverständlich auch die vormundschaftliche (§. 254. 191. 281 a. b. G. B.) und kann von einer Erwerbsgesellschaft ausgeschlossen werden (§. 1210 a. b. G. B.). — Im §. 778 a. b. G. B. dagegen wird der Ausdruck „verschwenderisch" im natürlichen Sinn von Jemanden gebraucht, der nicht als Verschwender erklärt und unter Curatel gesetzt wurde; ein Verschwender letzterer Art könnte nicht durch exhaeredatio bona mente facta seines Erbtheils entsetzt werden, vgl. Nippel Erläuter. V S. 90. A. A. zum Theil ist wohl mit Unrecht Stubenrauch I S. 591. II S. 678.

15) Das competente Gericht ist der Gerichtshof erster Instanz §. 83 der Jurisd. Norm. v. 20. Nov. 1853, §. 149 lit. c. des Pat. v. 3. Mai 1853.

16) Im Josephin. Gesetzb. ward stillschweigend, im Hofdecr. v. 22. Jänner 1788 (J. G. S. Nr. 769) ausdrücklich in dem anerkennenswerthen aber offenbar zu weit getriebenen Bestreben die individuelle Freiheit nicht zu verletzen die Prodigalitätserklärung als unvereinbar mit dem freien Verfügungsrecht des Menschen über sein Eigenthum aufgehoben. Sie wurde durch Patent v. 22. Febr. 1794 wieder hergestellt, vgl. Zeiller I S. 546. 547.

17) Nach §. 184 d. Gesetz. v. 9. Aug. 1854 ist der Notar, in dessen Bezirk sich dieser Fall ereignet, hiervon in Kenntniß zu setzen.

II. Staatliche Zustände.

1. Staatsbürgerschaft. a) Erwerbung und Verlust derselben.

§. 39. Der Umstand, daß Jemand österreichischer Staatsbürger oder Fremder ist, kann für das Privatrecht nur in so fern Bedeutung haben, als der Mangel der Staatsbürgerschaft auf die privatrechtliche Stellung einer Person, auf ihre Privatrechtsfähigkeit oder auf die Ausübung der ihr zustehenden Privatrechte einen Einfluß ausübt. Die übrigen Wirkungen, welche die rechtliche Qualität der Staatsbürgerschaft nach sich zieht, fallen in das Gebiet des öffentlichen Rechts, wie denn überhaupt die Staatsbürgerschaft ein Verhältniß des öffentlichen Rechts ist. Daher gehört der Begriff der Staatsbürgerschaft so wie die Lehre von der Erwerbung und Ausübung und dem Verlust derselben nicht in das Privatrecht[1], sondern in das Staatsrecht[2]. Wenn diese Lehre dennoch an diesem Orte behandelt wird, so erklärt sich dieß aus dem rein äußerlichen Umstande, daß das bürgerliche Gesetzbuch Bestimmungen über die Erwerbung und den Verlust der Staatsbürgerschaft enthält, welche füglich nicht übergangen werden können[3].

---

1) Die meisten Schriftsteller über deutsches Privatrecht (z. B Eichhorn Einleit. §. 73—78, Mittermaier I §. 107. 108, Maurenbrecher I §. 137. 138, Beseler I §. 65, Renaud I §. 132—137 und selbst noch Walter §. 58. 59) stellen ganz mit Unrecht diese Lehre ausführlich in ihren Systemen dar, während dieselbe doch dem System des Staatsrechts zu überlassen ist (vgl. Zöpfl Grundsätze des allgem. Staatsr. 3. Aufl. 1846 §. 123 fg., Zachariä Deutsches Staats- u. Bundesrecht 3. Aufl. 1853 Bd I S. 395 fg.), da die Qualität Jemandes als Staatsbürger an sich und zunächst etwas rein Staatsrechtliches ist und nur in gewissen Folgen das Privatrecht berührt. Mit eben so viel Recht müßte man die Lehre, wie Jemand Christ oder Jude wird oder es zu sein aufhört, im System des Privatrechts darstellen, da auch diese Zustände von Einfluß auf die Privatrechtsfähigkeit sind.

2) Dieß erkennen auch Stubenrauch I S. 111 und Harum im Magaz. X S. 253 an.

3) Über die österr. Staatsbürgerschaft vgl. Barth von Barthenheim Beiträge zur politischen Gesetzeskunde Bd II (1822) Abh. 1 S. 1—136, Buschmann Über die österr. Staatsbürgersch. Wien 1833. 1841 (111 SS.* Eine platte schwülstig und breit geschriebene Abhandlung, welche sich dadurch bemerklich macht, daß sie bei jeder rein positiven Erwerbs- und Erlöschungsart der Staatsbürgerschaft eine „naturrechtliche Begründungsart" angibt und als Erlöschungsart der Staatsbürgerschaft „der Vollständigkeit halber" in §. 100 den Tod anführt). Besque von Püttlingen Die gesetzliche Behandlung der Ausländer in Österreich. Wien 1842 S. 1—43.

Österreichischer Staatsbürger[4] ist derjenige, welcher Mitglied der österreichischen Staatsgenossenschaft ist, also mit seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit dem österreichischen Staatsverbande angehört, dem österreichischen Staatsoberhaupte unterworfen ist[5]. Die Staatsbürgerschaft, von welcher nach den Grundsätzen des österreichischen Rechts das Indigenat (Incolat) zu unterscheiden ist[6], ist ein öffentlich-rechtliches Verhältniß, welches insbesondere in

4) Andere Bezeichnungen in den österr. Gesetzen sind österr. Unterthanen, Mitglieder, Einwohner des Staats, Eingeborene, Inländer. — Verschieden von der österr. Staatsbürgerschaft ist das deutsche Bundesbürgerrecht s. g. Bundesindigenat (vgl. Zachariä a. a. O. I §. 86), welches allen Einwohnern jener österr. Kronländer zusteht, welche Theile des deutschen Bundes sind. — Der Ausdruck Staatsbürgerschaft wird in manchen Ländern in einem engern Sinn gebraucht, um die publicistische Rechtsfähigkeit zu bezeichnen.

5) Das entscheidende Kriterium liegt darin, daß Jemand mit seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit der obersten Gewalt im Staate unterworfen ist. Von dieser staatsrechtlichen Persönlichkeit ist die privatrechtliche wohl zu unterscheiden und diese Unterscheidung ist für unser Recht von großer Wichtigkeit (vgl. §. 34 a. b. G. B.). Eine und dieselbe Person kann dem einen Staat mit ihrer staatsrechtlichen und dem andern Staat mit ihrer privatrechtlichen Persönlichkeit unterworfen sein; daher ist bei dem Ausdruck Unterthan immer noch erst zu untersuchen, ob die staatsrechtliche oder die privatrechtliche Persönlichkeit gemeint sei. Indem unsere Schriftsteller diese Unterscheidung nicht machen, kommen sie einerseits in manchen Fällen zu unrichtigen Resultaten (vgl. oben §. 23 Nr. 1), andererseits gelingt es ihnen nicht, einen entsprechenden Begriff der Staatsbürgerschaft aufzustellen. So definirt z. B. Vesque S. 4 „Wer seiner Person nach der landesfürstl. Gewalt des österr. Staatsoberhaupts untersteht ist kein österr. Unterthan"; daß diese Definition viel zu weit sei hat bereits Stubenrauch I S. 447 Note** hervorgehoben. Aber die Definition, welche Stubenrauch I S. 447 gibt („Staatsbürger sind diejenigen Personen, welche der landesfürstl. Gewalt des österr. Staatsoberhaupts beständig unterworfen sind") ist nicht minder unrichtig. Denn ganz abgesehen davon, daß „beständig" hier doch nur eine längere keine immerwährende Dauer bezeichnen kann, fehlt jener Definition das wesentliche Kriterium der Qualität der unterworfenen Persönlichkeit. Auch jener Fremde, der seinen Wohnsitz in Österreich aufschlägt, ist der landesfürstl. Gewalt des österr. Staatsoberhaupts „beständig" unterworfen und doch nicht österr. Staatsbürger.

6) Nach österr. Recht bedeutet Indigenat oder Incolat das Verhältniß eines Fremden, welchem in öffentlich- und privatrechtlicher Beziehung die gleiche Rechtsfähigkeit wie dem österr. Staatsbürger beigelegt worden ist, ohne daß er aufhört ein Fremder zu sein (vgl. Vesque a. a. O. S. 3). Der Indigena ist also mit seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit unserm Staatsoberhaupt nicht unterworfen, genießt aber alle Rechte, welche sonst nur Staatsbürgern zustehen. In neuester Zeit hat dieses Verhältniß seine Bedeutung verloren vgl. §. 40 Note 14. (Im gemeinen Recht wird Indigenat gewöhnlich gleichbedeutend mit Staatsbürgerschaft genommen; particularrechtlich jedoch wird es oft in ganz verschiedenen Bedeutungen gebraucht, vgl. Mittermaier I §. 107.)

staatsrechtlicher Beziehung viele wichtige Folgen nach sich zieht. Da die Staatsbürgerschaft in der Unterwerfung der staatsrechtlichen Persönlichkeit besteht, diese Persönlichkeit aber untheilbar ist, so ergibt sich daraus von selbst, daß man nicht zu gleicher Zeit Staatsbürger mehrerer Länder sein kann[7].

I. Die österreichische Staatsbürgerschaft wird erworben durch Geburt oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Aufnahme in den Staatsverband. 1) Die Staatsbürgerschaft wird durch die Geburt von österreichischen Staatsbürgern erworben (§. 28. a. b. G.B). Auf den zufälligen Ort der Geburt kommt es nicht an; wo immer auch diese erfolgen mag z. B. im Auslande oder zur See, ist die staatsbürgerliche Qualität der Eltern maßgebend[8]. Bei ehelichen Kindern hat diese Frage keine Schwierigkeit; denn heirathet die Fremde einen Österreicher, so wird sie österreichische Staatsbürgerin, und heirathet die österreichische Staatsbürgerin einen Fremden, so verliert sie die österreichische Staatsbürgerschaft: in beiden Fällen sind also die Eltern Bürger desselben Staates. Bei unehelichen Kindern kommt es auf die Qualität der Mutter an[9]. Durch Adoption

---

7) Es gibt daher keine s. g. sujets mixtes vgl. die Convention zwischen den Höfen von Wien, Berlin und Petersburg v. 3. März 1815 (Michel Nr. 51 und Besque §. 2), welche aber in ganz unpassender Weise von „gemischten Eigenthümern" spricht. — Winiwarter I S. 139, der gar keinen Begriff der Staatsbürgerschaft aufstellt, meint „aus dem Begriff eines Unterthans ergebe es sich, daß man nur Unterthan eines Staats sein könne, indem man als solcher verpflichtet sei alle seine Kräfte zur Beförderung des gemeinen Wohls zu verwenden." Wäre diese Motivirung richtig, so könnte ein österr. Staatsbürger einem ausländischen Institut z. B. einem sächsischen Unterstützungsverein keinen Kreuzer Beitrag leisten. — Wenn jenes Verhältniß gleichzeitiger staatsrechtlicher Unterthanschaft dennoch hin und wieder vorkommt, indem man vom Forensen sogar einen Unterthans- resp. Lehenseid fordert (vgl. Gerber §. 47 Note 8 und Gengler Lehrb. S. 120 lit. b.), so ist dieß nur als ein Rest des alten Feudalwesens anzusehen. — Dagegen steht nichts im Wege, daß eine Person in mehreren Ländern zugleich das Indigenat (im österr. Sinn des Worts) besitze, vgl. Besque S. 3.

8) Winiwarter I S. 139, Stubenrauch I S. 148. Über das Princip anderer Gesetzgebungen vgl. Bluntschli Allgem. Staatsrecht (1852) S. 97 fg.

9) arg. §. 165 a. b. G. B. und §. 11. 14 des Gemeindegef. v. 17. März 1849, wonach die Gemeindeangehörigkeit der unehelichen Kinder sich nach der Zuständigkeit der Mutter richtet. Dieser Ansicht, welche die meisten österr. Schriftsteller und die österr. Gerichte (vgl. den Rechtsfall in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1827 II S. 227 fg.) theilen, pflichten auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller bei, vgl. z. B. Mittermaier I §. 108 Nr. 1, Renaud I §. 136 Nr. 1, Walter §. 59.

wird die Staatsbürgerschaft nicht erworben[10]; ebenso wenig durch Legitimation durch nachfolgende Ehe[11]. 2) Eine ausdrückliche Aufnahme in den Staatsverband (Naturalisation)[12] findet entweder nach oder vor vollendetem zehnjährigen ununterbrochenem Wohnsitz statt (§. 29. 30 a. b. G. B.). Im ersten Falle fand früher (§. 29 a. b. G. B.) eine stillschweigende Aufnahme statt; durch Hofkzldecr. v. 1. März 1833 (Anhang Nr. 10) ist dieß dahin geändert, daß auch nach zehnjährigem ununterbrochenem Wohnsitz die Erwerbung der Staatsbürgerschaft erst dann stattfindet „wenn der Ausländer sich über den vollendeten zehnjährigen ununterbrochenen Wohnsitz bei der Landesstelle[13] des letzten Wohnorts gehörig ausgewiesen, auf deren Anordnung den Unterthanseid geleistet[14] und darüber eine Beglaubigungsurkunde erhalten hat." Auch vor abgelaufenem zehnjährigen ununterbrochenem Wohnsitz und ohne Rücksicht auf den Wohnsitz überhaupt kann um die Staatsbürgerschaft angesucht und dieselbe verwilligt werden (§. 30 a. b. G. B.). In diesem Falle ist das Gesuch an das Ministerium des Innern[15] zu stellen, welches über die Verwilligung zu entscheiden hat[16]. Der Gesuchsteller hat einen Ausweis über sein sittliches Betragen und seine hinreichende Erwerbs-

10) arg. §. 28 a. b. G. B. („Geburt") und Hofkzldecr. v. 5. Nov. 1814 (J. G. S. Nr. 1108) vgl. Besque S. 5, Stubenrauch I S. 149, s. auch Mittermaier §. 108 Note 3.

11) Stubenrauch I S. 149 ist irrigerweise der entgegengesetzten Ansicht; s. gegen ihn die richtigen Ausführungen von Harum im Magaz. X S. 254. Der im Text vertheidigten Ansicht sind auch außeröstterr. Schriftsteller, wie Mohl Würtemb. Staatsr. I S. 348 und Mittermaier I §. 108 Note 3. — Über Findelkinder s. Stubenrauch I S. 149.

12) Näheres hierüber s. bei Besque §. 16—28, Winiwarter I S. 146—151, Buschmann S. 41—68, Stubenrauch I S. 155—161.

13) Das ist jetzt die Statthalterei §. 46 der Instruct. für die politischen Behörden v. 14. April 1850.

14) Zu dieser Eidesablegung kann nach der Bestimmung des angef. Hofkzldecr. der Fremde nicht eher zugelassen werden, als nachdem der Statthalter sich die volle Überzeugung verschafft hat, daß der Fremde die erwähnte Zeit hindurch sich nicht nur wegen eines Verbrechens keine Strafe zugezogen, sondern auch fortwährend ruhig, den Gesetzen und den Anordnungen der gesetzlichen Behörden gehorsam und gut gesittet betragen und durch seine Aufführung und gezeigte Denkungsart niemals zu einem gegründeten Verdacht oder Beschwerde Anlaß gegeben habe. —

15) §. 46 der Note 13 angef. Instruction.

16) Derjenige, welcher als unbefugter Auswanderer verurtheilt wurde und hiermit die Staatsbürgerschaft verloren hat, kann sie nur mit Bewilligung des Kaisers wieder erhalten. §. 21 des Auswanderungspat. v. 24. März 1832.

fähigkeit beizubringen; ein Ausweis eines besondern Vermögens ist nicht nöthig[17]. Auch in diesem Fall muß der Unterthanseid abgelegt werden. — In beiden Fällen kann für die Pflegebefohlenen ihr Vormund um Erwerbung der Staatsbürgerschaft einkommen. Der Umstand, daß der Unmündige keinen Eid leisten und daher den Unterthanseid nicht schwören kann, ist kein Hinderniß der Aufnahme in den Staatsverband[18], da das Wesentliche in der Abschließung des Aufnahmsvertrags besteht, dessen Einhaltung der Eid nur bekräftigen soll, daher von ihm auch wie z. B. bei Frauenspersonen[19] dispensirt werden kann.

3) Eine stillschweigende Aufnahme in den Staatsverband findet statt a) durch Eintritt in einen öffentlichen Dienst[20] (§. 29 a. b. G. B.) d. i. zufolge Hofkzldecr. vom 15. April 1828 u. Hofdecr. v. 4. Jänner 1830 (Michel Nr. 60) durch den Eintritt in den wirklichen Staatsdienst[21], also nicht durch Eintritt in einen bloß provisorischen Staatsdienst oder durch Eintritt in einen andern öffentlichen Dienst (z. B. der Gemeinde, der Stände u: s. w.) oder durch Erlangung einer Würde z. B. der Kämmererswürde[22]. b) durch Antritt eines Gewerbes, dessen Betrieb die ordentliche persönliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht (§. 29 a. b. G. B.)[23]. Unter Gewerbe ist hier nicht die bloße Urproduction (§. 31 a. b. G. B.), sondern Handel, Handwerk und Fabrikswesen zu verstehen[24]. Nur jenes Gewerbe ist aber dazu fähig die Erlangung der Staatsbürger-

17) §. 30 a. b. G. B. und Hofkzldecr. v. 30. Jänner 1824 (Michel Nr. 54). — Die Beibringung der landesherrlichen Entlassung aus dem bisherigen Unterthansverband ist im allgemeinen nicht vorgeschrieben (Hofkzldecr. v. 28. Aug. 1847 Michel Nr. 55); doch bestehen besondere Verträge hierüber (s. dieselben bei Michel Nr. 73—76 und bei den Note 12 angef. Schriftstellern). Besondere Vorschriften bestehen für die Naturalisation türkischer Unterthanen (Hofkzldecr. v. 30. Nov. 1845, 16. April 1834. Michel Nr. 58. 59).

18) Hofkzldecr. v. 31. März 1831 (Michel Nr. 57).

19) Hofkzldecr. v. 17. März 1824.

20) Das Nähere hierüber s. bei Vesque §. 6—9, Buschmann S. 17 fg., Winiwarter I S. 142. 148, Stubenrauch I S. 150—152.

21) Über den Eintritt in Militärdienste, in Matrosendienste, in die Finanzwache und Gensd'armerie s. Verordnungen bei Michel Nr. 63—66.

22) A. h. Entschließ. v. 2. März 1833 Anhang Nr. 5.

23) Über den Begriff der „Antretung eines Gewerbes" s. Hofkzldecr. v. 20. Febr. 1819 (Michel Nr. 67). Das Nähere über das im Text Folgende s. bei Vesque §. 10—14, Winiwarter I S. 143—145, Stubenrauch I S. 152—154.

24) Vgl. Stubenrauch I S. 153. A. A. ist Rippel Erläut. I S. 177.

schaft zu vermitteln, welches α) concessionirt ist d. h. welches mit obrigkeitlicher Genehmigung betrieben wird; s. g. freie Beschäftigungen verschaffen daher niemals ipso facto die Staatsbürgerschaft[25]. β) Das concessionirte Gewerbe muß die „ordentliche Ansässigkeit im Lande" d. h. Aufschlagung des Wohnsitzes am Betriebsorte nothwendig machen und zwar muß diese Nothwendigkeit eine gesetzliche sein. So ist z. B. bei allen Manufacturgewerben, mit denen die Erlangung des Meisterrechts verbunden ist, ebenso bei allen Handelsgewerben mit Ausnahme der Großhandlungen Ansässigkeit gesetzlich nothwendig. c) Durch Verheirathung einer Ausländerin mit einem österreichischen Staatsbürger[26]. d) Durch Aufnahme der Söhne eines ausländischen Capitulanten in ein österreichisches Militärerziehungshaus[27]. e) Durch Entlassung eines Invaliden mit Reservations- oder Patental-Urkunden[28].

Wird auf die angegebene Weise die Staatsbürgerschaft erworben, so erstreckt sich diese Erwerbung auch auf die Gattin und minderjährigen Kinder des Erwerbers, da diese dem Stand des Vaters resp. Gatten folgen (§. 92. 146 a. b. G. B.)[29]. Die zur Zeit der Erwerbung der Staatsbürgerschaft bereits großjährigen Kinder eines Ausländers dagegen erwerben nicht mit dem Vater zugleich die Staatsbürgerschaft[30].

25) Hofkzldecr. v. 16. Jänner 1817 Anhang Nr. 9. Wo daher das System der Gewerbefreiheit besteht wie im lomb. venet. Königr. und in Triest, findet Erwerbung der Staatsbürgerschaft auf diese Art gar nicht statt. Decr. der Centralorgan.-Hofcommiss. v. 9. Nov. 1816 Anhang Nr. 8.

26) Hofkzldecr. v. 28. Febr. 1833 Anhang Nr. 11. Vesque §. 15.

27) Hofkriegsrathsverordn. v. 8. Jänner 1812 lit. K. 63. (Michel Nr. 77.)

28) Hofkzldecr. v. 7. März 1832. Vesque §. 220, Stubenrauch I S. 154 Nr. 5.

29) Hofdecr. v. 29. Mai 1817. Buschmann §. 6, Vesque §. 29. Was minderjährige uneheliche Kinder betrifft, so verändert sich ihre Staatsangehörigkeit nicht zugleich und von selbst mit der Veränderung der Staatsangehörigkeit ihrer Mutter, da minderjährige Kinder nicht in der gleichen Weise unter der Gewalt ihrer Mutter stehen wie unter der Gewalt ihres Vaters. Das Gleiche muß in Ansehung ehelicher minderjähriger Kinder gelten, deren Mutter Witwe wird und während der Minderjährigkeit ihrer Kinder z. B. durch abermalige Verheirathung ihre Staatsbürgerschaft verändert: auch in diesem Fall behalten die Kinder der ersten Ehe ihre Staatsbürgerschaft. Die entgegengesetzte wie mir scheint unrichtige Ansicht findet sich bei Vesque §. 29 a. E. und Stubenrauch I S. 161 Nr. 11.

30) Hofkzldecr. v. 30. Aug. 1832 (Michel Nr. 78 bei dem sich aber der sinnstörende Druckfehler „Bewerbung" statt „Erwerbung" findet) Anhang Nr. 12.

II. Verlust der Staatsbürgerschaft. Die Staatsbürgerschaft wird ausdrücklich oder stillschweigend verloren[31]. 1) Ausdrücklich findet der Verlust der Staatsbürgerschaft statt durch Auswanderung (§. 32 a. b. G. B.). Die Auswanderungsfrage ist regulirt durch Patent vom 24. März 1832 (Nr. 13 des Anhangs)[32]. Nach den Bestimmungen dieses Patents sind jene Personen Auswanderer, welche den österreichischen Staat mit dem Vorsatze verlassen, nicht wieder in denselben zurückzukehren (§. 1 des Pat.). Die Auswanderung ist entweder eine gesetzlich befugte oder eine unbefugte. Die befugte Auswanderung setzt die Bewilligung der Entlassung aus dem österreichischen Staatsverbande voraus. Diese Bewilligung ist bei der politischen Behörde anzusuchen[33] und durch den Nachweis bedingt, daß der Auswanderungswerber selbständig sei und sich in freier Ausübung seiner Rechte befinde, daß sowohl er selbst als die Personen seiner Familie, welche mit ihm auswandern, dafern sie der Militärpflicht unterliegen, den dießfälligen Vorschriften genügt haben, und daß von Seite etwaiger Verpflichtungen insbesondere in Ansehung Standes- oder öffentlicher Amtsverhältnisse keine Hindernisse obwalten (§. 3 des Pat.)[34]. Diejenigen, welche mit der auf diese Art erlangten Bewilligung auswandern, verlieren die Eigenschaft von österreichischen Staatsbürgern und werden in jeder Beziehung als Fremde behandelt (§. 9 des Pat.). Von dem Vermögen, welches der auswandernde Unterthan exportirt, wird eine gewisse Abgabe erhoben (Nachsteuer, gabella emigrationis, detractus personalis)[35],

---

31) Vgl. Vesque S. 34—43, Buschmann S. 90—111.

32) Auch diese Frage gehört ins öffentliche Recht und soll hier so kurz als möglich abgethan werden. Näheres darüber s. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1826 II S. 66 fg., im Jurist IX S. 333 fg. und in Haimerl's Magaz. I S. 45 fg.

33) Die Competenz der polit. Behörden bestimmt §. 2 des Patents; vgl. jetzt die Instruction für die polit. Behörden v. 14. April 1850.

34) Eine Aufnahmszusicherung von Seiten des Staats, in den sich der Auswanderer begeben will, ist dafern nicht durch Staatsverträge etwas anderes festgesetzt ist nicht nothwendig; vgl. Stubenrauch I S. 182.

35) Über die Nachsteuer vgl. Mittermaier I §. 111. 112. 114, Maurenbrecher I §. 145, Renaud I §. 100. 105. — In Österreich pflegt man mit dem Namen Abfahrtsgeld sowohl den Abzug vom Vermögen des Auswanderers (die Nachsteuer) als den Abzug vom Vermögen des Inländers, das im Weg der Vererbung außer Landes geht (den Abschoß) zu bezeichnen. Vgl. Vesque

dafern nicht in Folge von Freizügigkeitsvermögen[36] oder in Folge der Reciprocität[37] die Erhebung der Nachsteuer aufgehoben ist. — Diejenigen Personen, welche ohne Bewilligung ins Ausland gezogen sind mit dem ausdrücklich erklärten oder aus gewissen Handlungen[38] sich ergebenden Vorsatze nicht wieder zurückzukehren, sind unbefugte Auswanderer (§. 6 des Pat.). Über die Thatsache der Auswanderung wird nach vorhergegangenem Verfahren[39] durch richterliches Urtheil erkannt. Die Folgen des die Auswanderung aussprechenden Urtheils sind Verlust der Staatsbürgerschaft (§. 10 lit. a. des Patents)[40] und eine beträchtliche Minderung der Privatrechtsfähigkeit[41]. — Die Rehabilitirung der verurtheilten unbefugten Auswanderer kann nur mit allerhöchster Bewilligung geschehen (§. 21 des Pat.). 2) Die Staatsbürgerschaft wird *stillschweigend* verloren a) durch stillschweigende Entsagung der Kinder des unbefugten Auswanderers, welche nunmehr als Ausländer nicht als unbefugte Auswanderer behandelt werden[42]; b) durch Verehelichung einer Inländerin mit

---

§. 43. 75, *Linden* Das Abfahrtsgeld mit Rücksicht auf die bestehenden Freizügigkeitsverträge. Wien 1827.

36) Zwischen den Staaten des deutschen Bundes ist durch Bundesacte §. 18 und durch Beschluß der Bundesversamml. v. 23. Juni 1817 die Nachsteuer aufgehoben. — Freizügigkeitsverträge Österreichs mit anderen Staaten s. bei *Vesque* §. 82 fg., *Linden* §. 18 fg.

37) Nach dem Hofdecr. v. 16. Dec. 1819 soll gegen solche fremde Länder, in denen bei Abziehung eines Vermögens nach Österreich kein Abfahrtsgeld bezogen wird, Reciprocität beobachtet und daher das in ein solches Land abziehende Vermögen von jedem Abfahrtsgeld (Nachsteuer oder Abschoß) ebenfalls freigelassen werden.

38) Diese Handlungen sind a) Annahme einer ausländischen Staatsbürgerschaft oder ausländischer Civil- und Militärstellen ohne besondere Bewilligung; b) Eintritt in ein ausländisches religiöses Institut oder in sonst eine ausländische „Versammlung", welche die persönliche Anwesenheit fordert; c) unter gewissen Umständen ein fünfjähriger ununterbrochener Aufenthalt in einem Lande, mit welchem keine besonderen Verträge bestehen, wodurch den Unterthanen das Domicil oder das Verweilen im fremden Staat gestattet ist; d) in Ermanglung der sub c erwähnten Umstände ein 10jähriger ununterbrochener Aufenthalt im fremden Staat; e) die Nichtbefolgung der durch ein allgemeines oder individuelles Edict kundgemachten Einberufung. §§. 7. 8 des Pat.

39) Dieses Verfahren reguliren §§. 26 fg. des Pat.

40) Diese Folge gehört allein hierher; §. 10 lit. b. führt als Folge der unbefugten Auswanderung Verlust des Ranges und der Standesvorzüge an.

41) Hierüber s. oben §. 34.

42) §§. 16—18 des Auswanderungspat.

einem Ausländer (§. 19 des Auswanderungspat.)[43]. Werden solche Frauen Witwen, so können sie nur wie andere Ausländer die Staatsbürgerschaft wieder erwerben (§. 20 des Auswandpat.).

Allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge[44] wird die Staatsbürgerschaft nicht verloren, wenn gewisse Umstände hinwegfallen, welche zur Erwerbung der Staatsbürgerschaft erforderlich sind; daher verliert z. B. der Ausländer, welcher die Staatsbürgerschaft durch Eintritt in einen öffentlichen Dienst oder Antritt eines gewissen Gewerbes erworben hat, diese nicht, wenn er aus dem Dienste tritt oder des Gewerbes verlustig wird[45]. Ebenso wenig verliert die Frau mit dem Tode des Mannes die Staatsbürgerschaft. — Ein Verlust der Staatsbürgerschaft durch Ausweisung und Abschaffung aus dem Lande kann nicht stattfinden, da nach österreichischem Rechte Staatsbürger weder des Landes verwiesen noch abgeschafft werden dürfen[46].

b) Mangel der Staatsbürgerschaft. Rechtszustand der Fremden.

§. 40. I. Fremde[1] sind in Beziehung auf eine bestimmte Staatsgenossenschaft jene Personen, welche nicht Mitglieder derselben sind. In Bezug auf Österreich erscheinen also als Fremde alle jene Personen, welche weder von einem Mitgliede des österreichischen Staates geboren noch ausdrücklich oder stillschweigend in den österreichischen Staatsverband aufgenommen worden sind. Das charakteristische Merkmal besteht darin, daß der Fremde unserer Staatsgewalt nicht mit seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit unterworfen ist, wobei die Frage, ob er etwa in anderer Beziehung mit seiner Persönlichkeit unserer Staatsgewalt unterworfen sei oder nicht,

---

43) Gegen diese gesetzliche Bestimmung als juris publici kann natürlich kein Vorbehalt stattfinden, Hofkzldecr. vom 10. Juni 1835.

44) l. 85 §. 1 D. de R. J. Non est novum ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit a quo initium capere non potuerunt.

45) Vgl. Hofkammerdecr. vom 29. Jänner 1818.

46) §§. 25. 249 des Strafges. vom 27. Mai 1852.

1) In den österreich. Gesetzen werden sie auch Ausländer, Einwohner fremder Staaten, Staatsbürger eines fremden Landes, fremde Unterthanen genannt. — Über die Bezeichnung der Fremden im älteren deutschen Recht (albani, wargangi, advenae, barbari, Ellende, Gäste) vgl. Grimm R. A. S. 396 fg.

ganz indifferent bleibt. Die Fremden können sich zu dem Staate, in Beziehung auf welchen sie als Ausländer erscheinen, in sehr verschiedenen Verhältnissen befinden. Von diesen Verhältnissen können an diesem Orte nur jene hervorgehoben werden, welche für die privatrechtliche Stellung des Fremden von Bedeutung sind[2]. 1) Der Fremde kann in unserm Lande seinen Wohnsitz aufgeschlagen haben d. h. er kann hier den Mittelpunkt seiner privatrechtlichen Existenz haben. In diesem Falle ist der Fremde zwar nicht mit seiner staatsrechtlichen Persönlichkeit unserer Staatsgewalt unterworfen d. h. er ist nicht Staatsbürger[3], wohl aber mit seiner privatrechtlichen Persönlichkeit, daher auch seine Rechts- und Handlungsfähigkeit in privatrechtlicher Beziehung nach den österreichischen Gesetzen zu beurtheilen[4] und nach österreichischen Gesetzen ein ordentlicher Gerichtsstand des Wohnsitzes begründet ist[5]. 2) Fremde, welche, ohne im Lande ihren Wohnsitz aufgeschlagen zu haben, Grundstücke darin besitzen, (s. g. Forensen). Die privatrechtlichen Folgen[6] dieses Verhältnisses bestehen darin, daß der Fremde mit allen dinglichen Klagen und Ansprüchen, welche sich auf jenes Grundstück beziehen, vor dem competenten Ge-

2) Es nimmt sich sehr sonderbar aus, wenn in vielen Lehrbb. des deutschen Privatrechts (z. B. bei Mittermaier I §. 109, Maurenbrecher I §. 141, Renaud I §. 104, Walter §. 64) alle Verhältnisse, in welchen der Fremde zu unserem Staat stehen kann, aufgezählt werden, mögen sie gleich für das Privatrecht ohne alle Bedeutung sein; so z. B. das Verhältniß eines Fremden als bloßen Durchreisenden (des irrigerweise — vgl. Zachariä Deutsches Staats- und Bundesr. I S. 397 — so genannten subditus temporarius), welches bloß in Ansehung der Anwendung der Polizei- u. Criminalgesetze von Bedeutung ist; das Verhältniß eines Fremden als Schutzverwandten oder Vagabunden, was bloß in sicherheitspolizeilicher Beziehung von Interesse ist. So z. B. bemerkt Maurenbrecher in seinem Lehrbuch des heutigen deutschen Privatrechts (I S. 308 Note 2), daß in Deutschland das Visiren der Pässe unentgeltlich geschehe und daß die sardinischen Visas am kostspieligsten seien, u. Renaud I §. 102 a. E., daß herrenlose Gäste einer strengen polizeilichen Aufsicht unterworfen bleiben müssen! Von solchen Versündigungen gegen das System haben sich Gerber §. 47, Beseler I S. 346 und Gengler S. 118 fg. frei gehalten.

3) Ein solcher Fremder, der seinen Wohnsitz in Österreich aufgeschlagen hat, kann daher Landes verwiesen, abgeschafft und ausgeliefert werden, während andrerseits die Vorschriften des Auswanderungspatents auf ihn keine Anwendung finden.

4) Vgl. oben §. 23 Nr. I.

5) Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852 §. 29 lit. a.

6) Folgen anderer Art, wie z. B. daß der Forense die auf dem Grundstück ruhenden öffentlichen Lasten tragen muß, daß er von etwaigen an das Grundstück geknüpften politischen Rechten ausgeschlossen ist, gehören nicht hierher.

richte der gelegenen Sache belangt werden kann[7] (s. g. unvollkommener Landsassiat, landsassiatus minus plenus[8]). 3) Fremde, welche den völkerrechtlichen Charakter der Exterritorialität[9] besitzen (§. 38 a. b. G. B.). Diese Qualität des Ausländers hat in privatrechtlicher Beziehung nur rücksichtlich des formellen Rechtes, also nur in Beziehung auf die Frage: ob gegen den Exterritorialen civilrechtlich eingeschritten werden könne und welches Verfahren hierbei zu beobachten sei, Bedeutung; was das materielle Recht betrifft, wird er wie jeder andere Fremde behandelt[10].

II. Im Gegensatze zu dem ältern deutschen Rechte, wonach Fremde als rechtlos oder doch nur als unvollkommen frei behandelt wurden[11], hat sich im heutigen Recht der Grundsatz herausgebildet, daß Fremde in Beziehung auf das Privatrecht in der Regel den Einheimischen gleich behandelt werden, daß also der Fremde in der Regel das gleiche Privatrecht mit den Staatsbürgern genießt. Diese Regel stellt auch das österreichische Gesetzbuch im §. 33 auf[12]. Hiernach hat die Qua-

---

7) Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852 §. 49—53; vgl. Besque S. 119 Nr. 3.

8) Der vollkommene Landsassiat, wo er sich als „eine vertrocknete Reliquie des Lehenwesens" noch erhalten hat (vgl. Heffter Völkerrecht S. 111, Mittermaier I §. 109, Gengler S. 120 lit. b), besteht darin, daß der Forense auch persönlich den Gesetzen und Gerichten des Landes, wo er Güter besitzt, unterworfen ist und daher nicht nur mit dinglichen, sondern auch mit persönlichen Klagen vor den Gerichten des Landes, wo das Grundstück (in manchen Ländern, wie in Preußen — vgl. Koch I §. 38 — sogar wo die bewegliche Sache, die er besitzt) sich befindet, belangt werden kann.

9) Unter Exterritorialität versteht man die Exemtion von der Staatsgewalt des Territoriums, in welchem sich Jemand befindet. Die Frage, welche Personen zu den Exterritorialen gehören, ist nicht in einem System des Privatrechts zu lösen; vgl. hierüber Heffter Völkerrecht §. 42, Besque §. 52 fg., Stubenrauch I S. 175 fg.

10) Dieß gilt sowohl vom Eigenthum und den dinglichen Rechten an unbeweglichen und beweglichen Sachen als von Verträgen; vgl. Heffter S. 79, Besque S. 51, Stubenrauch I S. 176 lit. a. Insbesondere kann daher auch der Exterritoriale wechselrechtliche Verbindlichkeiten eingehen, wenngleich gegen ihn der Personalarrest unzulässig ist; Gengler S. 119. 120 lit. a, Berger Wechselrecht 2. Aufl. S. 30.

11) Über das Geschichtliche vgl. Grimm R. A S. 396—402, Eichhorn Deutsche Staats- u. Rechtsgesch. §. 46 und Einl. in das deutsche Privatr. §. 75, Walter Deutsche Rechtsgeschichte §§. 403. 404, Bopp im Rechtslexicon IV S. 355—362, vgl. Mittermaier I §§. 105. 106, Renaud I §§ 99. 100.

12) Übereinstimmend Einleit. §. 41—45 des preuß. Landr. Code civ. a. 11.

lität Jemandes als Staatsbürger oder Fremder als solche[13] in der Regel weder auf die Möglichkeit Privatrechte in Österreich zu erwerben noch auf den Inhalt und die Ausübung der erworbenen Rechte Einfluß. Diese Gleichstellung zeigt sich insbesondere in folgenden Fällen: 1) Der Erwerb von Grundeigenthum ist Fremden in der Regel gestattet[14]; jedoch finden Ausnahmen von dieser Regel, abgesehen von dem Falle der Retorsion (Nr. III) statt, indem a) Montenegriner unfähig sind unbewegliche Güter in Österreich zu besitzen[15]; b) Fremde von dem Erwerb von Bauerngütern ausgeschlossen sind[16]. Doch dürfte diese Beschränkung mit dem Hinwegfall des bisherigen rechtlichen Begriffs von Bauerngütern (vgl. folg. §) heutzutage als aufgehoben anzusehen sein. 2) Die Fremden sind fähig ihr bei uns befindliches Vermögen durch Testament oder ab intestato zu vererben[17]; der Nachlaß derselben fällt also nicht als herrenlos an unsern Fiscus[18]. 3) Der Fremde ist fähig österreichische Staatsbürger zu

13) d. h. die Privatrechtsfähigkeit eines Fremden wird dadurch, weil er Fremder und nicht österr. Staatsbürger ist, nicht geschmälert. Die Frage nach dem Umfang der Rechtsfähigkeit des Fremden ist aber nach dem im §. 23 Nr. I Gesagten zu beurtheilen; Beseler I S. 346.

14) In manchen Fällen, nemlich wenn es sich um den Erwerb gewisser liegender Güter in Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien, Ungarn und Croatien handelte, war früher zwar nicht die Staatsbürgerschaft, wohl aber das Indigenat im österr. Sinn des Worts (vgl. vorhergehend. § Note 6) erforderlich; vgl. Besque §. 68. In neuester Zeit wurde von diesem Erforderniß zur Erwerbung landtäflicher Güter Umgang genommen. Erlaß des Minist. des Innern vom 28. Febr. 1849 (R. G. B. Ergänzungsband Nr. 144). Aviticitätspatent vom 29. Nov. 1852 und vom 29. Mai 1853 §. 14: „Von der Erwerbung von Liegenschaften jeder Art kann in Zukunft der Mangel des Indigenats oder Incolats nicht ausschließen."

15) Hofkzldecr. v. 31. Dec. 1845, Michel, Nr. 576.

16) Zur Erwerbung eines Bauerngutes ist erforderlich, daß der Fremde die Staatsbürgerschaft erworben und in Österreich seinen Wohnsitz aufgeschlagen habe. Hofdecr. v. 28. Febr. 1788. Diese Beschränkung kann in Folge des Art. 18 lit. a der B. A. nicht in Ansehung der Unterthanen deutscher Bundesstaaten gelten, welche in jenen Ländern des österr. Kaiserstaates, die zum deutschen Bund gehören, Bauerngüter erwerben wollen. Dieß ist anerkannt im Hofkzldecr. vom 14. April 1825. Besque §. 67. Michel Nr. 577. 578.

17) Schon Kaiser Friedrich II. erklärte (a. 1220 Pertz Leges II 244 Authent. Omnes Peregrini l. 10 C. commun. de success. 6, 59) die Fremden für fähig zu testiren und ihren Nachlaß ab intestato zu vererben. Über jenes Gesetz vgl. Walter Deutsches Privatr. §. 60 Note 6. Auch in Österreich fand dieses Gesetz schon frühe Eingang, indem Kaiser Friedrich II. es in den Wiener Freiheitsbrief von 1235 aufnahm.

18) Dieses Recht des Fiscus, den Nachlaß eines Fremden nach dem Grundsatz

beerben und überhaupt von Todeswegen von österreichischen Staatsbürgern zu erwerben[19]. Doch wird in diesen Fällen von dem an den Fremden verabfolgten und somit außer Landes gehenden Vermögen eine Abgabe (von 10 Procent) erhoben (s. g. Abschoß[20], census hereditarius, gabella hereditaria, detractus realis), dafern nicht zufolge von Freizügigkeitsverträgen[21] oder in Folge der Reciprocität[22] dieser Abzug aufgehoben ist. 4) Im Klagerecht besteht für die Fremden im Wesentlichen kein Unterschied. Der Fremde kann den österreichischen Staatsbürger vor dem österreichischen Gerichte belangen; daß er, wenn er im Inlande nicht „kundbar sattsam bemittelt" ist, bei Processen als Kläger Caution stellen muß (cautio actoria pro expensis), ist nicht als eine Zurücksetzung desselben gegen den Einheimischen aufzufassen, sondern ergibt sich aus der Natur seiner Stellung[23]. Der Fremde kann auch den Fremden vor den österreichischen Gerichten belangen[24], wenn der Gerichtsstand des Fremden im Inlande begründet ist[25]. Die gleiche

---

peregrinus liber vivit, servus moritur einzuziehen, heißt jus albinagii, droit d'aubaine. Doch wird dieser Ausdruck auch in einem weitern Sinn genommen, in welchem er den Inbegriff der gesetzlichen Bestimmungen bezeichnet, durch welche die Fremden den Einheimischen gegenüber zurückgesetzt erscheinen; vgl. Renaud I §. 99 Note 8. — Das jus albinagii im engeren Sinn wird in Österreich nur im Weg der Retorsion geübt. Vesque §. 73.

19) Eine Ausnahme findet nur im Fall der Retorsion statt, so z. B. sind die Unterthanen der ottomanischen Pforte, ja selbst die unter türkischer Botmäßigkeit stehenden Kirchen sowohl von Erlangung eines Erbtheils als eines Legats von österr. Staatsbürgern ausgeschlossen. Hofdecr. vom 8. Jänner 1776, vom 28. Juli 1808, vom 10. Aug. 1808. Vesque S. 68.

20) Geschichtliches über den Abschoß s. bei Mittermaier I §. 111—113, Renaud §§. 100. 106, Beseler I S. 327, Maurenbrecher I §. 145. Vgl. Vesque §. 78 fg., Linden in der im vorhergeh. § Note 35 angef. Schrift.

21) In Österreich pflegt man in diesen Fällen von vollkommener Freizügigkeit zu sprechen, im Gegensatz zur Freizügigkeit als der bloßen Aufhebung des droit d'aubaine. Vesque §. 75. Vgl. vorigen § Note 36.

22) Hofdecr. v. 16. Dec. 1849, s. vorigen § Note 37.

23) Es gilt dieß daher auch für den Einheimischen, der in einem andern Kronland als Kläger auftritt. A. G. O. von 1781 § 406. Vgl. Bayer Vorträge über den gem. Civilpr. (8. Aufl. 1853) §. 33.

24) In Frankreich hat man bekanntlich in neuerer Zeit den ins Mittelalter gehörigen Grundsatz aufgestellt, daß der Fremde den Fremden vor französischen Gerichten nicht belangen könne, wei man Unterthan sein müsse, um auf den Schutz des Staates und seiner Gerichte Anspruch zu haben; vgl. dagegen mit Recht Foelix Traité du droit international p. 195 sq.

25) Über den Gerichtsstand des Fremden s. Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852 §. 29.

Voraussetzung ist erforderlich[26], damit der Fremde vom österreichischen Staatsbürger im Inlande belangt werden könne[27]. Eine Zurücksetzung des Fremden im Concurse gegen einheimische Gläubiger findet nach österreichischem Rechte, abgesehen von dem Falle der Retorsion, nicht statt[28]. 5) Daß der Fremde von der Übernahme der Vormundschaften und Curatelen in der Regel ausgeschlossen ist (§§. 192. 284 a. b. G. B.), ist nicht als eine Nachwirkung der ältern Rechtsbeschränkung des Ausländers anzusehen, sondern erklärt sich auf natürliche Weise aus der Eigenschaft dieser Geschäfte, welche eine genaue Localkenntniß voraussetzen[29]. 6) Der Fremde ist fähig Handel und Gewerbe zu betreiben; nur von gewissen Handelszweigen wie z. B. vom Hausirhandel ist der Fremde ausgeschlossen[30].

III. Die Regel, daß der Fremde in privatrechtlicher Beziehung wie der Einheimische behandelt wird, findet nur dann Anwendung, wenn der fremde Staat, dem der Ausländer angehört, auch unsere Staatsbürger in privatrechtlicher Beziehung hinter seine Unterthanen nicht zurücksetzt (§. 33 a. b. G. B.). Zu dieser gleichen Behandlung ist es somit nicht erforderlich, daß unsere Staatsbürger im Auslande dieselben Rechte genießen, welche ihnen das österreichische Recht einräumt, sondern es genügt, daß sie nicht anders behandelt werden wie die Einheimischen. Wenn daher die privatrechtlichen Beschränkungen oder Nachtheile, welchen der österreichische Staatsbürger in einem fremden Staate unterworfen ist, nicht eine Folge der Zurücksetzung des Fremden gegenüber dem Einheimischen, sondern eine Folge des von unserem Rechte abweichenden Einheimische und Fremde gleich-

26) Es soll hier ausdrücklich hervorgehoben werden, daß nach österr. Rechte in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht (Hefftter System d. röm. u. deutschen Civilprocesses 2. Aufl. 1843 §. 406 a. E. und §. 409) die Qualität des Fremden das forum arresti nicht begründe. Vgl. §. 396 der ungar. G. O.

27) In Frankreich besteht der exorbitante Grundsatz (Cod. civ. a. 14), daß der Franzose den Fremden ohne weiteres vor irgend einem französ. Tribunal belangen könne, so also daß der Grundsatz actor sequitur forum rei in den Satz reus sequitur forum actoris verkehrt wird (vgl. hierüber auch Maurenbrecher I S. 310 Note 6, Koch I S. 125 Note 6). Zufolge der Reciprocität (§. 29 lit. d der Jurisd. Norm) wird daher auch der Österreicher den Franzosen in Österreich bei jedem Gericht belangen können.

28) Allgem. Conc. Ordn. §. 27, vgl. Vesque §. 142, Provis. Conc. Ordn. für Ungarn u. s. f. vom 18. Juli 1853 §. 7.

29) Wie dieß auch Gengler S. 119 Nr. 1 richtig bemerkt.

30) Vgl. Vesque S. 212—226.

stellenden ausländischen Rechtes sind, so wird der Fremde jenes Staates in Österreich dennoch aller Rechte theilhaftig sein, welche das österreichische Recht dem Einheimischen gewährt (s. g. formelle Reciprocität[31]). Würde jedoch die Beschränkung der Österreicher im Auslande eine Folge der Zurücksetzung derselben gegen die Einheimischen sein, dann tritt Retorsion[32] (Gegenkehrung, Vergeltungsrecht nach dem Ausdruck des westgaliz. Gesetzb. I. §. 55) ein und der Ausländer wird in Österreich gerade so behandelt wie der Österreicher im Auslande. Damit eine solche Retorsion eintreten könne, ist erforderlich: 1) daß die Nachtheile, welche unsere Staatsbürger im Auslande erleiden, eine Folge der Gesetzgebung des fremden Staates seien[33]; 2) daß diese Nachtheile die Folge der Zurücksetzung unserer Staatsbürger gegen die Einheimischen seien. Dagegen ist es nicht erforderlich[34], daß eine unseren Staatsbürgern nachtheilige Vorschrift schon einmal wirklich in Anwendung gekommen sei. Treten diese Voraussetzungen ein, so findet nach österreichischem Rechte Retorsion statt, da eine solche in unserm Rechte ausdrücklich begründet ist (§. 33 a. b. G. B.)[35]. Fälle solcher Retorsion sind die Unfähigkeit türkischer Unterthanen mit Ausnahme der moldauischen in Österreich unbewegliche Güter zu erwerben[36] und Erbschaften eines

31) Vgl. Klüber Völkerrecht §. 284, Maurenbrecher I §. 142 Note 8, Besque §. 45. — Im Gegensatz zur formellen Reciprocität besteht die materielle Reciprocität in der Anwendung des gleichen Rechtsgesetzes auf Fremde in Österreich, nach welchem die Österreicher im fremden Staat beurtheilt werden, obgleich der Österreicher im Ausland im fraglichen Fall dem Einheimischen gleich behandelt wird. Einen solchen Fall enthält das Patent v. 12. Dec. 1785 (J. G. S. Nr. 502); hiernach sollen die Handlungsbücher der in den österr. Staaten befindlichen Kaufleute die Wirkung eines Beweises gegen auswärtige Handlungsfreunde ebensolang beibehalten, als diese Wirkung nach den in den fremden Staaten bestehenden Gesetzen den Handlungsbüchern daselbst zugestanden ist.

32) Über Retorsion s. Mittermaier I §. 110, Maurenbrecher I §. 142. Renaud I §. 104.

33) Hätten die Nachtheile nur in der Willkür der ausländischen Regierung ihren Grund, so könnte nur Anwendung von Repressalien, nicht Retorsion stattfinden; vgl. Renaud §. 104 Note 2.

34) Wie Gründler Polemik des german. Rechts I §. 114 irrig meint; s. dagegen Maurenbrecher I §. 142 Note 8, Mittermaier §. 110 Nr. 8.

35) In manchen Staaten wie z. B. in England kennt man Retorsion nicht; in manchen Staaten wie z. B. in Toskana (1835) ist sie in neuerer Zeit aufgehoben worden. Kritische Zeitschr. f. Rechtswissenschaft des Auslandes Bd. X S. 113.

36) Hofdecr. v. 24. Febr. 1816 Anhang Nr. 45, Hoffzldecr. v. 5. Mai 1820 (Michel Nr. 574. 575), Besque §. 70.

österreichischen Staatsbürgers zu erlangen, Zurücksetzungen im Concurs u. s. w.[37].

Im Zweifel, ob der fremde Staat unsere Staatsbürger den Einheimischen gleichstelle oder nicht, muß jene Partei, welche sich auf die gleiche Behandlung beruft, den Beweis derselben erbringen[38] (§. 33 a. b. G. B.). Ein solcher Zweifel kann dann nicht eintreten, wenn durch ein inländisches Gesetz die Art der Behandlung der österreichischen Unterthanen im Auslande insbesondere kund gemacht wurde[39], weil der Richter „von Amtswegen auf Recht und Gesetz sehen muß" (Hofdecr. vom 15. Jänner 1787 lit. qq.). Ebensowenig ist dann ein Zweifel vorhanden wenn Notorietät über die Behandlung der österreichischen Unterthanen im Auslande vorhanden ist, da in diesem Falle der Grundsatz gilt jus novit curia und die Behandlung der österreichischen Staatsbürger im Auslande nicht unter die Kategorie einer bloßen Thatsache fällt[40]. In jenen Fällen nun, wo in der That ein Zweifel besteht und daher von der Partei der erforderliche Beweis zu erbringen ist[41], kommen aus dem angegebenen Grunde, weil die Existenz des

37) Fälle dieser Art finden sich zusammengestellt von Kalessa in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1844 I S. 199 fg.

38) Eine Modification dieses Grundsatzes stellt der §. 7 der neuen Conc. Ordn. für Ungarn auf, indem hiernach die Vermuthung dafür streitet, daß den Österreichern im Auslande „gleiche Rechte mit den dortigen Staatsbürgern in Concursfällen eingeräumt seien" und daher der Richter nur „wenn er einen besonderen Grund hat das Gegentheil anzunehmen" dem Ausländer den Beweis aufzulegen hat.

39) Solche Kundmachungen ergingen z. B. hinsichtlich der Besitzfähigkeit österr. Unterthanen im Ausland, über die Behandlung in Concursfällen, über die Execution der in einem fremden Staat zu vollziehenden Urtheile u. dgl. m.

40) Es verhält sich in dieser Beziehung wie überhaupt in Ansehung des Beweises des ausländischen Rechts ganz so, wie es sich mit der Frage über den Beweis des Gewohnheitsrechts verhält, welches gleichfalls nicht unter die Kategorie einer bloßen Thatsache fällt; vgl. hierüber Puchta Das Gewohnheitsrecht Bd. II S. 154—198 insbes. S. 176—187 und über Notorietät S. 160—166. — Die österr. Schriftsteller sind über diese Frage getheilter Ansicht. Der im Text aufgestellten Ansicht (jedoch ohne Angabe eines Rechtsgrundes) sind Zeiller I S. 145, Rippel I S. 195, Winiwarter I S. 154, Harum im Magazin Bd. X S. 253; der entgegengesetzten Ansicht Ellinger Handb. ad §. 33, Stubenrauch I S. 168.

41) Über den Beweis des ausländischen Rechts s. Haimerl Über den Beweis ausländ. Gesetze als Beitrag zur Erklärung des §. 104 A. G. O. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1833 II S. 281 fg., Mittermaier Über den Beweis ausländischer Gesetze in Rechtsstreitigkeiten im Archiv f. civil. Praxis Bd. XVIII (1835) S. 67—88, Schäffner in dem §. 22 Note 1 angef. Werk §. 159—168. Die beiden ersten Schriftsteller gehen von der ganz unrichtigen Auffassung des ausländ. Rechts als einer bloßen Thatsache aus; s. dagegen mit Recht Schäffner §. 160.

fremden Rechtes nicht in die Kategorie einer bloßen Thatsache fällt, nicht die gewöhnlichen civilproceſſualiſchen Regeln über den Beweis in Anwendung[42], vielmehr hat der Richter freier zu Werke zu gehen und darf ſelbſt für Herbeiſchaffung der Beweismittel ſorgen[43].

2. Standesverhältniſſe.

§. 41. Der Staat als politiſcher und geſellſchaftlicher Geſammtorganismus beſteht aus kleineren Kreiſen und Abtheilungen von Staatsbürgern, welche durch die Gleichheit der Stellung und Beſchäftigung und durch Gemeinſamkeit der ſich darauf beziehenden Rechte und Einrichtungen mit einander verbunden ſind. Dieſe Kreiſe und Claſſen der Bevölkerung heißen *Stände*[1]. In der ältern Zeit des deutſchen Staatslebens[2] war die wichtigſte und durchgreifendſte Eintheilung der Staatsangehörigen die in *Freie* und *Unfreie*[3]. Im ſpätern Mittelalter wurde allmälig insbeſondere durch die Ausbildung des Ritterſtandes und im Zuſammen-

42) Es iſt daher insbeſondere ein Beweis durch *Geſtändniß*, welchen *Haimerl* S. 286 und *Mittermaier* S. 75 für zuläſſig halten, ausgeſchloſſen, weil ſonſt, wie ſchon *Kritz* (Rechtsfälle II 95) treffend bemerkt, der Richter nicht nach dem urtheilen würde was wirklich das fremde Recht vorſchreibt, ſondern nach dem was ihm die Parteien im Proceß vorſpiegeln; vgl. auch *Puchta* S. 187 fg. — Über Beweis durch Eidesdelation, Zeugen und Urkunden vgl. *Mittermaier* a. a. O. S. 76 fg. und insbeſ. *Schäffner* §. 161. Ganz unrichtig iſt es, wenn *Haimerl* den Beweis durch Zeugen ausſchließen will, weil dieſe nur Rechtsgelehrte ſein könnten und den consilia prudentium nach öſterr. Recht alle Beweiskraft benommen ſei (S. 285); denn die citirte Reſol. v. 14. Juni 1784 lit. m bezieht ſich auf die responsa prudentium im Sinn des röm. Rechts.

43) Für manche Fälle iſt von der öſterr. Geſetzgebung Beweis durch Beibringung von öffentlichen Urkunden der auswärtigen Gerichte und Behörden vorgeſchrieben; ſo z. B. in Anſehung der Behandlung der Ausländer im Concurs (A. G. B. §. 27, Hofdecr. v. 14. Aug. 1786, §. 7 der neuen G. O. für Ungarn, vgl. *Haimerl* S. 287 fg.), bei Vermögensexportationen Beibringung von Reſervalien de reciproco observando vgl. *Vesque* §. 74.

1) Über den Begriff und die verſchiedenen Bedeutungen des Wortes *Stand* vgl. *Beſeler* Volksrecht und Juriſtenrecht 1843 S. 195 fg. (ſ. aber dagegen *Thöl* Volksrecht u. ſ. f. S. 63 fg.) und Syſtem I §. 3. III §. 165, *Sachße* Hiſtoriſche Grundlagen des deutſchen Staats- u. Rechtslebens (1844) S. 309 fg.

2) Über die Bedeutung der Stände im römiſchen Staatsleben ſ. *Schilling* Inſtitut. II S. 38, *Böcking* I §. 59.

3) Die Freien hatten alle das gleiche Recht. Der alte Adel beſaß weder politiſche Vorrechte noch ein vom Recht der Gemeinfreien abweichendes Privatrecht; über dieſe freilich viel beſtrittene Frage ſ. *Waitz* Deutſche Verfaſſungsgeſchichte I S. 65—85. — Auf jenem Standpunkt der gemeinen Freiheit aller Schöffenbaren ſteht insbeſondere noch der Sachſenſpiegel, während im Schwabenſpiegel bereits der Übergang zu den neuen Ständeunterſchieden wahrzunehmen iſt.

hange mit dem Aufschwung der Ministerialen der alte Begriff der Freiheit zersetzt, der scharfe Unterschied zwischen Freien und Unfreien aufgehoben und es bildeten sich drei neue Stände aus, der Adel-, der Bürger- und der Bauernstand[4]. In der modernen Zeit hat sich unter dem nivellirenden Einflusse der Staatsgewalt der Begriff des Staatsbürgerthums herausgebildet, in welchem das alte Ständewesen seine Bedeutung allmälig verlor[5]. Im heutigen Rechte, insbesondere seit den neuesten Verfassungsänderungen haben die Stände ihre politische Bedeutung größtentheils verloren und sich meist zu bloß socialen Unterscheidungen verflüchtigt[6]. Was die privatrechtliche Bedeutung jener Stände betrifft, so ist auch diese zum größten Theile verschwunden. Das Privatrecht ist heutzutage für alle Staatsbürger ein gleiches geworden; es läßt sich heutzutage weder ein eigenes Landrecht, Hofrecht, Weichbildrecht u. s. w. unterscheiden, noch „lassen sich die einzelnen Rechte in den alten Ständerahmen einzwängen." Dagegen sind in der neuern Zeit die nach der Verschiedenheit der Beschäftigung charakterisirten Berufsstände zu großer Bedeutung gelangt und haben auf die Ausbildung des Privatrechts einen wesentlichen Einfluß genommen. In diese Berufsclassen hat sich insbesondere der Bürgerstand aufgelöst und auch der Bauernstand ist heutzutage als Berufsstand aufzufassen. Als Geburtsstand ist lediglich der Adel vorhanden. Insoweit nun die Standesverhältnisse auf das Privatrecht von Einfluß sind also insofern sie auf das Privatrecht indirect einwirken, kann in einem System des Privatrechts von ihnen gehandelt werden. Aber auch hierbei sind die Fragen, wie der einzelne Stand erworben und verloren werde, welche politische Stellung und publicistischen Rechte ein Stand gewähre, nicht im Privatrecht abzuhandeln[7], sondern in das Staatsrecht zu verweisen[8].

---

4) Vgl. Montag Geschichte der deutsch. staatsbürgerl. Freiheit Bamberg 1812—1845, Hüllmann Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland 2. Ausg. 1830, Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 408—440. Deutsch. Privatr. §. 444 fg.

5) Renaud I §. 86. §. 107, Beseler III §. 166.

6) Gerber §. 36.

7) Wie dieß verkehrter Weise noch in den neuesten Lehrbüchern des deutschen Privatrechts geschieht, so z. B. bei Mittermaier I §. 47—99, Maurenbrecher I §. 9. II §. 634—738, Renaud I §. 108—134, Bluntschli I §. 18—25 und theilweise selbst noch bei Beseler III §. 169.]

8) Vgl. die tüchtigen Ausführungen von Gerber §. 36, dem Gengler S. 121 fg. und Walter Deutsch. Privatrecht §. 82 gefolgt sind.

Der Adelstand[9] hat auf das heutige österreichische Privatrecht eben so wenig Einfluß als der Bürgerstand[10]. Was den Bauernstand betrifft, so bestanden bisher vielfache Modificationen des Privatrechts durch denselben und der Einfluß dieses Standes auf die Privatrechtsverhältnisse war in vielen Beziehungen von wesentlicher Bedeutung. So bestanden besondere gesetzliche Vorschriften über die gesetzliche und testamentarische Erbfolge in Bauerngüter (§. 764 a. b. G. B.)[11], über die Vormundschaft und Curatel des Bauernstandes (§. 284 a. b. G. B.); die Bauerngüter standen in besondern gesetzlich normirten Rechtsverhältnissen (Erbzins- und Erbpachtgüter §§. 1122 fg. a. b. G. B.); behufs der Übertragung des Eigenthums an denselben bestanden erleichternde Vorschriften (§. 433 a. b. G. B.); sie wurden für untheilbar über ein gewisses Maß hinaus erklärt, wäh-

9) Der Adel hat in neuester Zeit in Österreich auch seinen eigenen Gerichtsstand verloren. Die Errichtung der Familienfideicommisse, welche particularrechtlich nur dem Adel zusteht (vgl. Gengler Lehrb. S. 122), ist nach österr. Recht kein Vorrecht des Adels. Das Recht der Adeligen auf Titel und Wappen ist obgleich dieß häufig geschieht (so selbst noch von Bluntschli I §. 23 und Beseler III §. 174 lit. a. b) ebensowenig als Privatrecht aufzufassen (vgl. insbes. Gerber S. 78 Note 2) als etwa das Recht dessen, dem ein Orden verliehen wurde, wie sich dieß schon darin zeigt, daß die Klage gegen denjenigen, der sich des Wappens oder Titels eines Adeligen anmaßt, keine civilrechtliche ist und daher auch nicht vor den Civilgerichtsbehörden angebracht werden kann (vgl. §. 334 des Strafgef.) — Von Mißheirathen des niedern Adels ist in Österreich nicht die Rede, dafern nicht etwa in Stiftungsbriefen die Standesgleichheit der Eltern zur Bedingung der Succession in Familienfideicommisse gemacht ist. In Beziehung auf den hohen Adel in den zum deutschen Bunde gehörigen Kronländern gilt aber natürlich die Bestimmung des Art. 14 der deutsch. B. A. — Wenn hin und wieder statutarisch der Adel zur Bedingung des Eintritts in geistliche und weltliche Ritterorden und Stifter oder des Erwerbs von Pfründen und Canonicaten u. dgl. gemacht ist, so liegt hierin allerdings eine Einwirkung des Standes auf die Rechtsverhältnisse: allein einerseits sind diese Verhältnisse nicht privatrechtlicher Art, andrerseits verdient jene Einwirkung ebensowenig besonders hervorgehoben zu werden als etwa die statutarische Bestimmung, daß Jemand zum Genuß einer Stiftung Doctor der Rechte sein, ein gewisses Alter zurückgelegt haben müsse u. dgl. — Wenn auch immerhin das bürgerl. Gesetzb. in manchen Paragraphen (§§. 92. 146. 165. 182) von der Erwerbung des Adels spricht, so geschieht dieß nur nebenher um die Wirkungen einer juristischen Thatsache nach allen Seiten hin festzustellen und man ist auf Grundlage jener einzelnen Bestimmungen nicht berechtigt, nunmehr die ganze Lehre vom Erwerb und Verlust des Adels im System des Privatrechts ausführlich darzustellen.

10) Privatrechtliche Einwirkungen des Bürgerstandes als politischen Standes nach manchen Particularrechten s. bei Gengler S. 123. 124.

11) Vgl. hierüber insbes. Rößler Über das Erbrecht und die Erbfolge des Bauernstandes in der Zeitschr. Themis N. F. Heft 7 (Prag 1842) S. 87 fg.

rend im übrigen ihre Theilung an besondere Vorschriften gebunden war und Fremde waren als solche vom Erwerb der Rusticalgüter ausgeschlossen (vgl. den vorherg. §). — In diesen Beziehungen hat sich aber durch die neuesten politischen Umgestaltungen vieles geändert. Jene gesetzlichen Bestimmungen setzen nemlich einen zwar nicht leibeigenen aber doch unterthänigen Bauernstand voraus und gehen von einem Begriff des Bauerngutes aus, welcher aus einer rechtlichen Qualität desselben hergenommen ist, indem mit dem Begriff des Bauerngutes zugleich der der Gutsherrschaft gesetzt war[12]. Heutzutage hat aber die Unterthänigkeit des Bauernstandes aufgehört: zum Bauernstand gehören nunmehr alle Personen, welche das Land selbst bebauen und diesen unmittelbaren Betrieb der Landwirthschaft zu ihrem Hauptberuf gemacht haben[13]. Ebenso hat sich mit dem Aufhören der Gutsherrschaft auch der Begriff des Bauerngutes wesentlich geändert, indem derselbe nunmehr nicht mehr auf einer rechtlichen Qualität, sondern auf der wirthschaftlichen Bestimmung des Landgutes beruht, so daß heutzutage unter Bauerngut jedes Grundstück zu verstehen ist, auf welchem die Landwirthschaft vom Wirthe selbst und unmittelbar betrieben wird[14]. Daher sind heutzutage die Vorschriften über die besondere Einrichtung der Tutel und Curatel des Bauernstandes hinweggefallen, weil jene Vorschriften die Unterthänigkeit des Bauernstandes zu ihrer Voraussetzung haben[15]. Das s. g. getheilte Eigenthum ist in neuester Zeit aufgeho-

12) Vgl. Rößler a. a. O. §. 1. Unter Bauerngut im weitesten Sinn ist das Gut eines im Unterthansverbande stehenden Landmanns zu verstehen, also sowohl Dominical- als Rusticalgüter, unter Bauerngut im engern Sinn das Rusticalgut, unter Bauerngut im engsten und eigentlichen Sinn eine Classe der Rusticalgüter (Hausgründe im Gegensatz der Überländgründe).

13) Der Bauernstand hat heutzutage aufgehört ein politischer Stand zu sein und es ist daher die Definition, welche Stubenrauch II S. 630 im Anschluß an Rößler gibt, für die heutigen Verhältnisse unpassend. Über den Begriff des Bauernstandes vgl. übrigens Mittermaier I §. 98, Renaud I §. 126, Bluntschli I §. 25, bei welchen Schriftstellern sich aber noch immer Spuren der älteren Bedeutung des Bauernstandes als eines politischen dem Adel- und Bürgerstand gegenübergestellten finden. —

14) Vgl. die tüchtigen Ausführungen von Beseler III §. 188. Solche Personen, welche Bauerngüter besitzen, also Eigenthümer von Grundstücken sind, auf welchen sie unmittelbar bäuerliche Landwirthschaft treiben, heißen Bauern im engern Sinn.

15) Schon das Hofdecr. v. 16. Aug. 1816 (Michel Nr. 496) und das Hofkzldecr. v. 2. Sept. 1819 hatten erklärt, daß bei dem Umstand daß es in Dalmatien

ben und in der Hand des freien Bauern das Nutzungseigenthum zum vollen Eigenthum vervollständigt worden[16]. Die gesetzlichen Bestimmungen über Erbpacht- und Erbzinsgüter setzen theils ein getheiltes Eigenthum theils einen abhängigen Bauernstand voraus[17]; Beides besteht heutzutage nicht mehr und es haben daher jene Bestimmungen nach beiden Seiten hin für unser heutiges Recht ihre Anwendbarkeit verloren[18]. Die gesetzliche Bestimmung des §. 433 a. b. G. B. über die Erwerbung und Veräußerung von Bauerngütern ist gleichfalls als hinweggefallen zu betrachten, da sie auf der Voraussetzung eines unterthänigen Bauernstandes beruht[19]. Ebenso sind heutzutage die gesetzlichen Bestimmungen, wodurch Fremde vom Erwerb von Rusticalgütern ausgeschlossen sind, als aufgehoben zu betrachten, da die rechtliche Qualität von Rusticalgütern nicht mehr besteht (vgl. den vorherg. §). — Die übrigen gesetzlichen Vorschriften aber, deren leitendes Princip in der Erhaltung des Landguts in seinem wirthschaftlichen Bestande besteht, müssen fortwährend als zu Recht existirend angesehen werden[20]. Hierzu gehören vor Allem die gesetzlichen Vorschriften über die Geschlossenheit der Stellen (Untheilbarkeit der Bauerngüter[21]). Zufolge ausdrücklicher Erklärung der Gesetzge-

---

und im lomb. venet. Königreich keine im Band der Unterthänigkeit gegen ihre Herrschaft stehenden Bauern gebe, der §. 284 a. b. G. B für benannte Länder unanwendbar sei. Der gleiche Fall ist nunmehr in Ansehung aller übrigen Länder der Monarchie eingetreten, da das ehemalige Unterthänigkeitsverhältniß und die Patrimonialgerichtsbarkeit durch das Patent vom 7. Sept. 1848 aufgehoben sind; vgl. Art. VII Abs. 4 des Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen. In dieser Beziehung sind in neuester Zeit manche Übergangsverordnungen erflossen; Erlaß des Justizminist. v. 5. Nov. 1849 u. v. 4. Mai 1850, Erlaß des Finanzminist. v. 5. Decemb. 1850, Verordn. der Minister der Justiz u. Finanzen v. 30. Aug. 1852 (Michel Nr. 497—500). Vgl. auch Stubenrauch I S. 602.

16) Kais. Patent v. 7. Sept 1848.

17) Vgl. Beseler III §. 184 lit. b. c. §. 185 Nr. 1.

18) Daher ist es nöthig, daß die Gesetzgebung demnächst Vorschriften über die Leihe ländlicher Grundstücke ertheile, da es stets und besonders in jenen Ländern, welche einer Colonisation bedürfen, häufig vorkommen wird, daß Grundeigenthümer ihre Güter an Bauern austhun wollen, ohne das Eigenthum an denselben aufgeben zu wollen.

19) Daher hatte schon das Hofkzldecr. v. 2. Sept. 1849 erklärt, daß diese Bestimmung im lomb. venet. Königreich keine Anwendung finden könne; vgl. Note 15 und Stubenrauch I S. 828. 829.

20) Vgl. Beseler III S. 97. 98 u. §. 186. 187.

21) In diesem Sinn bestimmt §. 34 des a. h. Cabinetsschreibens v. 31. Decbr. 1854 daß bei der Bauernschaft dort wo besondere Vorschriften zur Erhaltung ihrer

bung[22] bestehen aber auch die Vorschriften über die testamentarische und gesetzliche Erbfolge in Bauerngütern (im älteren und zwar engsten Sinn des Worts, Note 12) fortwährend zu Recht. Die Anordnung der Individualsuccession des Anerben in Bauerngüter mit Bevorzugung des männlichen Geschlechts und unter Abfindung der übrigen Erben existirt somit in ihrer gesetzlichen Kraft fort. Doch muß, was diese besondere Erbfolge betrifft, hierbei vorausgesetzt werden, daß nicht nur das betreffende Grundstück zu jener Classe von Rusticalgütern gehöre, auf welche sich nach bisherigem Recht jene Vorschrift erstreckte, sondern daß auch der verstorbene Besitzer desselben die unmittelbare Betreibung der Landwirthschaft zu seinem Hauptberuf gemacht habe; sollte Letzteres nicht der Fall sein, so findet auch in die ehemaligen Rusticalgüter heutzutage die gemeine gesetzliche und testamentarische Erbfolge statt[23]. — Mit der Bauernwirthschaft hängt das Rechtsverhältniß der Interimswirthschaft und der Gutsabtretung mit Altentheil zusammen, Institute, welche natürlich trotz der neuen Verfassungsänderungen fortbestehen und in denen sich ein wichtiger Einfluß des Bauernstandes auf das Privatrechtsleben äußert. —

Der Handelsverkehr hat eine Reihe eigenthümlicher Obligationsarten erzeugt (z. B. den Wechselvertrag, Papiere auf den Inhaber) und nimmt auch sonst auf manche Rechtsverhältnisse einen modificirenden Einfluß. Die Personen, welche den Handel als Gewerbe betreiben, machen den Handelsstand aus und stehen als Handelsleute in manchen besonderen oder modificirten Rechtsverhältnissen[24] (vgl. z. B.

Gütercomplexe bestehen solche aufrecht zu erhalten seien, und Art. VII Abs. 2 des Kundmachungspat. für Ungarn und Siebenbürgen, daß die Beschränkungen, welche in Ansehung der Theilung der Bauerngüter bestehen, fortan zu beachten seien.

22) Verordn. des Justizminist. v. 17. Juli 1850 (Michel Nr. 1124).

23) Der Erwerb eines Bauerngutes nemlich begründet für sich allein noch nicht den Bauernstand des Erwerbers, jene Vorschriften aber bezwecken die Erhaltung eines kräftigen Bauernstandes und galten auch früher nur für wirkliche Bauern. Wenn daher Jemand heutigen Tags ein Bauerngut kauft und dasselbe nicht selbst bebaut, sondern seinen bisherigen Hauptberuf fortsetzend dasselbe verpachtet, so wird nach seinem Tode nicht etwa sein ältester Sohn allein in das Bauerngut succediren, sondern es kommen die gesetzlichen Vorschriften über die gemeine gesetzliche oder testamentarische Erbfolge zur Anwendung.

24) Es ist ein bei uns häufig vorkommender Irrthum, das Handelsrecht als den Inbegriff der Normen zu definiren wodurch die Rechte und Pflichten der Handelsleute unter einander und im Verhältniß zu anderen Personen bestimmt werden, während es doch die Handelsgeschäfte und die durch den Handelsverkehr

§§. 995. 1027—1033. 1203. 1208. 1214. 1410. 1430 a. b. G. B.). Auch der Militärſtand nimmt auf das Privatrecht manchen Einfluß z. B. in Anſehung der Teſtamente (§. 600 a. b. G. B.), des Abſchluſſes von Ehen (§. 54 a. b. G. B.), von Darleihensverträgen u. ſ. f.; das Gleiche gilt vom Stand der Geiſtlichen (z. B. §. 195. 761 a. b. G. B.) und der Beamten (z. B. §. 195 a. b. G. B., Beſchränkung in Anſehung mancher Gewerbe, in der Annahme von Geſchenken u. dgl.). Dieſe Modificationen, welche im Privatrecht durch die an ſich nicht privatrechtliche Eigenſchaft einer Perſon als Mitglied eines Standes herbeigeführt werden, werden an den betreffenden Orten angeführt werden, ſofern nicht etwa dem Plan dieſes Werkes gemäß eine ſolche Berückſichtigung ausgeſchloſſen iſt.

Zehntes Capitel.

Von den juriſtiſchen Perſonen[1].

I. Im Allgemeinen.

§. 42. Der natürlichen Betrachtung zufolge iſt nur der Menſch rechtsfähig, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten, Perſon. Der Menſch hat ein natürliches Daſein, er beſitzt leibliche Individualität und natürliche Willensfähigkeit; an dieſes von Natur aus gegebene

---

erzeugten Verhältniſſe ſind, welche durch das Handelsrecht normirt werden und in ſolchen Verhältniſſen häufig Perſonen ſtehen welche nicht zum Handelsſtand gehören. Vgl. Brinckmann Lehrb. des Handelsr. (1852) §. 6 insbeſ. Note 1.

1) Savigny Syſtem II §. 85—102 (und dazu Puchta's Recenſion in den kritiſch. Jahrbüch. für deutſche Rechtswiſſenſchaft 1840 IV S. 673 fg.), Puchta im Rechtslexicon Art. Corporation Bd III S. 65—79. Inſtitut. II §. 190—192. Pandekt. §. 25—28. Vorleſ. I S. 55—66, Pfeifer Die Lehre von den juriſtiſchen Perſonen nach gemeinem und würtemb. Recht. Tübingen 1847 (169 SS.), Kierulff Theorie I S. 129—159, Sintenis I §. 15, Böcking I §. 62—66. — Die ſchon nach gemeinem Recht ſchwierige und vielfach beſtrittene Lehre von den juriſtiſchen Perſonen bietet für ihre Bearbeitung nach öſterreichiſchem Recht ganz beſondere Schwierigkeiten. Das Geſetzbuch ſelbſt handelt von den juriſtiſchen Perſonen nur in einem einzigen Paragraph (§. 26) und erſt die Marginalrubrik lehrt, daß man in der That bei dieſem §. 26 an die juriſtiſchen Perſonen zu denken habe. Unſere Commentatoren aber behandeln dieſe ſo viele ſchwierige Seiten darbietende Materie ganz dürftig und oberflächlich und werfen Vieles zuſammen was ſcharf getrennt werden muß, wenn überhaupt noch von juriſtiſchen Perſonen als einer eigenen Rechtsbildung mit eigenthümlichen Vorausſetzungen und Wirkungen die Rede ſein ſoll. Bei dieſem Stand der Dinge mag denn eine etwas eingehendere Darſtellung als gerechtfertigt erſcheinen.

Subject knüpft das Recht die Persönlichkeit, es legt dem natürlichen Subject die Rechtssubjectivität bei. Das Recht ist aber noch einen Schritt weiter gegangen. Es hat nicht bloß an das natürliche Subject die Rechtssubjectivität geknüpft, sondern es hat auch das Subject selbst an welches es die Persönlichkeit knüpft sich erst geschaffen; es hat dort wo die natürliche Willensfähigkeit fehlt eine Willensfähigkeit durch künstliche Annahme erzeugt und sich hiermit die nothwendige Basis für die Rechtsfähigkeit selbst verschafft. Solche künstliche vom Recht geschaffene Rechtssubjectivitäten heißen im Gegensatze zu den natürlichen Personen *juristische fingirte Personen*, mit einem ältern sich auch im bürgerlichen Gesetzbuche (§. 26) wiederfindenden aber unpassenden[2] Ausdruck *moralische*, auch *mystische* Personen, da man früher gewohnt war mit dem Worte „moralisch" alles über die äußern Sinne über das Natürliche Hinausgehende, alles Transscendentale Überfliegende zu bezeichnen[3]. *Eine juristische Person ist somit ein Rechtssubject, dem es an natürlicher Subjectivität fehlt, das nur ein intellectuelles kein natürliches leibliches Dasein hat.*

Während sonst alles Recht um der Menschen willen vorhanden ist, wird hier umgekehrt um der Rechte willen ein Träger derselben künstlich geschaffen; die irdischen Güter, welche zur Vertheilung unter die Einzelnen bestimmt sind, werden diesen entzogen und dem vom Rechte künstlich geschaffenen Subjecte beigelegt. Aber auch diese Bildung kommt wie jede Schöpfung des Rechts mittelbar wieder den Einzelnen zu gute. Die Veranlassung zu jener künstlichen Schöpfung liegt lediglich in dem Bestreben den Vortheil der Menschen, die Erreichung ihrer Zwecke auf eine bessere Weise zu fördern. Die Menschen verfolgen nemlich manche Zwecke, deren Erreichung im Interesse Aller oder doch Vieler liegt und zwar nicht bloß der jetzt Lebenden, sondern auch der später Nachfolgenden. Wird nun zur Erreichung dieses Zweckes ein Vermögen gebildet und bestimmt, so soll dasselbe zu diesem bestimmten Behufe bewahrt, verwaltet, verwendet werden. Als Subject eines solchen Vermögens können nun nicht die einzelnen Menschen, welche sich zur Erreichung eines solchen Zweckes vereinigt

2) Savigny II S. 240.
3) Puchta im Rechtslex. S. 67.

haben, betrachtet werden, weder die gegenwärtig Lebenden noch die ſpäter Geborenen; ebenſowenig können jene Perſonen als Subjecte des Vermögens angeſehen werden, denen Vortheile aus jenem Vermögen zugewendet werden ſollen[4]. Denn wären dieſe einzelnen Perſonen Herren des Vermögens, ſo könnten ſie durch beliebige Verwendung dasſelbe ſeinem Zwecke entfremden und ſomit ſowohl die Beſtimmung dieſes Vermögens als die Erreichung jenes Zweckes für die Zukunft gänzlich vereiteln. Das Vermögen wird daher den einzelnen natürlichen Perſonen gänzlich entzogen und als Mittelpunkt desſelben ein Subject der einzelnen vermögensrechtlichen Beſtandtheile künſtlich geſchaffen: dieſes ideelle Subject iſt eben die juriſtiſche Perſon. Hieraus ergibt ſich zugleich, daß die Schöpfung einer juriſtiſchen Perſon nur für die Sphäre des Vermögenrechts Bedeutung hat. So verſchieden auch immer der Zweck ſein mag, um deſſen ſichere Erreichung es ſich handelt, immer iſt es lediglich das zu jenem Behufe beſtimmte Vermögen, für welches die Annahme eines künſtlichen Subjectes auf dem Gebiete des Privatrechts von Bedeutung iſt. Durch dieſe Betrachtung gelangt man zu der nähern Begriffsbeſtimmung der juriſtiſchen Perſon als eines künſtlich geſchaffenen Mittelpunktes eines Vermögens, als eines ideellen vermögensfähigen Subjects.

Da ein jedes Volk Zwecke verfolgt, deren Erreichung nicht bloß für den Einzelnen von Intereſſe, ſondern für alle Generationen von Bedeutung iſt, da überdieß mit dem Staate ſelbſt ein ſolcher Zweck gegeben iſt, ſo findet ſich in dem Rechtsleben eines jeden Volkes eine ſolche Übertragung der Rechtsſubjectivität auf ein ideelles Subject[5]. Dieſe Übertragung hat man ſich häufig nicht anders vorſtellen zu können geglaubt als durch eine Herbeiziehung des Begriffes der Perſonification und hat nunmehr gefragt, was denn eigentlich perſonificirt werde. Heutzutage pflegt man ziemlich allgemein anzunehmen, der Zweck ſelbſt, zu deſſen Erreichung das Vermögen beſtimmt ſei, werde perſonificirt[6]. Allein alle Erklärungsverſuche dieſer

4) Alſo nicht z. B. die Kranken welche in einem Spital liegen, die Armen welche in ein Armenhaus aufgenommen wurden u. ſ. f.; vgl. Savigny II S. 244 Note b.

5) Gerber Syſtem §. 49 insbeſ. Note 2.

6) So z. B. ſagt Savigny S. 233 Note b „Das wahre Subject der Rechte

Art[7] müssen zurückgewiesen werden, da sie die Bedingungen und Voraussetzungen der juristischen Person, das Substrat derselben oder die Veranlassung und den Bestimmungsgrund zur Annahme einer juristischen Person mit dieser selbst verwechseln[8]. Die Schöpfung einer juristischen Person ist eine Schöpfung aus dem Nichts: der Versuch die juristische Person durch eine Personification zu erklären geht aus dem Bestreben hervor, welches in der menschlichen Natur liegt, für das Unsichtbare und Übersinnliche Sichtbares oder doch Bekanntes als Anknüpfungspunkt aufzufinden.

Das charakteristische Kriterium der juristischen Person besteht dem Gesagten nach darin, daß gewisse Rechte und Verbindlichkeiten nicht einzelnen natürlichen Individuen zustehen und aufliegen, sondern daß ein ideelles, unsichtbares Subject in den fraglichen Rechtsverhältnissen steht. Diese Rechtsverhältnisse sind lediglich Vermögensrechtsverhältnisse. Bei einer juristischen Person ist daher von Familienrechten nicht die Rede, da die Fiction nicht so weit gehen kann, dem künstlichen Subjecte die Qualität eines natürlichen Menschen nicht nur in Beziehung auf dessen geistige Willensfähigkeit sondern auch in Hinsicht auf dessen leibliche Individualität beizulegen.

Obgleich nun alle juristischen Personen vermögensrechtsfähige Subjecte sind, so ist damit doch noch nicht bestimmt, in welchem Umfange dieselben vermögensrechtsfähig sind. Es kann nemlich einerseits die Rechtsfähigkeit der juristischen Person theils aus natürlichen Gründen theils zufolge positiver Bestimmungen von dem Umfang der Vermögensrechtsfähigkeit der natürlichen Personen verschieden sein; andererseits sind nicht alle juristischen Personen nothwendig in gleichem Grade rechtsfähig, da unter ihnen selbst ebenso Gradverschiedenheiten in Ansehung der Rechtsfähigkeit stattfinden können, wie solche unter den natürlichen Personen bestehen.

---

ist — der Zweck der Menschenliebe der an diesem Ort auf bestimmte Weise durch bestimmte Mittel erreicht werden soll." Ebenso Puchta Institut. II S. 294 „Der Zweck selbst für den sie bestimmt sind wird als rechtliches Subject der Güter betrachtet."

7) So insbesondere die Annahme, daß der Zweck personificirt werde, denn der Zweck ist stets etwas Objectives, ein zu Erstrebendes, Erreichendes. Eine Subject-Objectivirung des Zwecks geht nicht wohl an: der Zweck verfolgt sich nicht, der Zweck erreicht sich nicht.

8) Vgl. insbes. Kierulff I S. 130 Note **.

Zum Entstehen einer juristischen Person sind so wie zum Entstehen einer natürlichen Person zwei Momente erforderlich[9]: 1) die Existenz eines Substrats, einer Unterlage woran die Rechtssubjectivität geknüpft wird; 2) die Existenz einer Rechtsvorschrift, welche an dieses Substrat die Rechtssubjectivität knüpft. Was zunächst diesen letzteren Punkt betrifft, so kann jene Rechtsvorschrift weder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, eine objective Rechtsnorm sein, welche erklärt, daß unter gewissen Voraussetzungen an ein gewisses Substrat die Rechtssubjectivität von selbst geknüpft sein solle, oder eine besondere Concession der Staatsgewalt, eine constitutio personalis, welche nur einem concreten Substrat die Rechtsfähigkeit beilegt, also nur für diesen bestimmten Fall die juristische Persönlichkeit durch ein Privilegium im eigentlichen Sinne schafft. Was den ersten Punkt betrifft, so kann das Substrat selbst wieder ein zweifaches sein. Es treten nemlich entweder mehrere natürliche Personen zu einer Verbindung zusammen um einen bestimmten Zweck zu realisiren, oder es wird unmittelbar ein Vermögen, welches ohne ein sichtbares Subject existiren soll, dazu bestimmt einem gewissen Zweck zu dienen. Im ersten Falle ist ein Inbegriff von Personen, im zweiten Fall ein Güterinbegriff vorhanden. Hiernach unterscheiden sich die juristischen Personen in zwei Classen, in universitates personarum Corporationen, bei welchen die juristische Persönlichkeit an die ideelle Einheit aller natürlichen Personen welche die Gesammtheit bilden gebunden ist, und in universitates bonorum, bei welchen einem Vermögen ein unsichtbares ihm selbst innewohnendes Subject zugeschrieben wird. Zu dieser letztern Classe gehören die Stiftungen und die ruhende Erbschaft (hereditas jacens)[10]. Von den Corporationen und

9) Vgl. Puchta im Rechtslex. S. 67. 68. Institut. §. 492.

10) Es ist in neuerer Zeit bekanntlich von Savigny II §. 102 der ruhenden Erbschaft für unser heutiges Recht der Charakter der juristischen Persönlichkeit abgesprochen worden. (Schon früher hat sich Roßhirt im Archiv f. civil. Prax. Bd X [1827] S. 314 ohne allen haltbaren Grund gegen die juristische Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft erklärt.) Allein die meisten Schriftsteller haben sich wohl mit Recht gegen jene Ansicht Savigny's erklärt, so Puchta in den kritisch. Jahrb. S. 742—745 u. Pandekt. §. 447, Vangerow I §. 53. II §. 394, Pfeifer §. 49—51, Arndts im R. L. IV S. 6 und Pandekt. §. 465, Jhering Abhandlungen aus dem röm. Recht (1844) Nr. III, Scheurl Beiträge zur Bearbeit. des röm. Rechts (1852) I Nr. 2, Böcking u. A. Auch für das österreichische Recht kann die juristische Persönlichkeit der hereditas jacens keinem

Stiftungen soll nunmehr ausführlich gehandelt werden, für die ruhende Erbschaft ist der passende Ort der Darstellung im Erbrecht.

Bevor zu dieser Darstellung übergegangen wird, ist es jedoch nöthig der vielfach abweichenden Auffassung und Darstellung dieser bestrittenen Lehre sowohl in der älteren Doctrin als in der neuern eine etwas eingehendere Betrachtung zuzuwenden, da insbesondere nur durch die Berücksichtigung der ältern Doctrin der richtige Standpunkt gewonnen werden kann, von dem aus für das österreichische Recht diese Lehre darzustellen ist.

Die ältere Doctrin bildete sich ihren Begriff der juristischen Person zunächst nur in Beziehung auf die universitas personarum (Corporationen). Sie stellte also den Begriff nur mit Rücksicht auf die eine Classe der juristischen Personen auf und übersah bei dieser Begriffsbildung gänzlich die zweite Classe, deren Unterlage ein Güterinbegriff ist (universitas bonorum)[11]. Daß hiermit den Stiftungen und der ruhenden Erbschaft die juristische Persönlichkeit nicht abgesprochen werden sollte, versteht sich von selbst. Es war dieß somit eine zunächst durch die Befolgung der Legalordnung (D. quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur 3, 4) herbeigeführte Beschränkung des Begriffes der juristischen Persönlichkeit.

Zweifel unterworfen sein (§. 547 a. b. G. B.; vgl. Gengler Lehrb. I S. 128 fg.). Dennoch hat Harum im Magazin Bd X S. 253 geglaubt sich auch für das österr. Recht der Ansicht Savigny's anschließen zu können „da immer gleich mit dem Tode des Erblassers die Rechte anderer Personen auf die Verlassenschaft eintreten, wenn sie auch erst später geltend gemacht werden, daher gar kein Zeitraum vorhanden ist, in welchem die Verlassenschaft als selbständiges Rechtssubject betrachtet werden könnte." Diese Argumentation bedarf keiner besondern Widerlegung. Als ob nicht auch nach römischem Recht „gleich mit dem Tode des Erblassers die Rechte anderer Personen auf die Verlassenschaft eintreten würden", als ob nicht auch nach römischem Recht die Erbschaft regelmäßig im Zeitpunkt des Todes des Erblassers deferirt würde! Gerade für die Zwischenzeit aber, welche zwischen der Delation und der Adition der Erbschaft verstreicht, ist jene Fiction unumgänglich nöthig, da sonst bevor „die Rechte auf die Verlassenschaft geltend gemacht werden" nichts mehr vorhanden wäre, woran das Recht geltend gemacht werden könnte.

11) Vgl. z. B. Glück II S. 62, Höpfner Comment. §. 61 S. 94, den auch hier wieder der Wiener Heineccius I S. 60 wörtlich abschreibt, Konopak Institutionen des röm. Rechts (Halle 1807) §. 97 und Thibaut System 1. Aufl. (1803) §. 499. 3. Aufl. (1809) §. 219. Bei manchen älteren Schriftstellern findet sich die Eintheilung in physische und juristische Personen gar nicht, so z. B. bei Tiller System der bürgerl. Rechtslehre (Grätz 1787 4 Bde) und auch bei Zeiller Natürl. Privatr. wird gelegentlich (§. 158) von moralischen Personen gesprochen.

Erſt durch Heiſe[12] wurde darauf aufmerkſam gemacht, daß man den Begriff bisher zu eng aufgefaßt habe, und nur nach und nach[13] erhob man ſich in der gemeinrechtlichen Literatur zu jener allgemeinen Auffaſſung, welche wir heutzutage in den Lehrbüchern des gemeinen Rechts zu finden gewohnt ſind. Auch das öſterreichiſche Geſetzbuch ſteht ganz auf dem Boden der ältern Doctrin. Das Wenige und Dürftige was das öſterreichiſche Geſetzbuch vom Jahr 1811[14] überhaupt im §. 26 von „moraliſchen Perſonen" ſagt, bezieht ſich nur auf die universitates personarum: daß aber auch Stiftungen zu den juriſtiſchen Perſonen zu zählen ſeien, darüber wird in jenem Paragraphe nichts geſagt[15].

Während auf dieſe Weiſe die ältere Doctrin — und übereinſtimmend mit ihr das öſterreichiſche Geſetzbuch — den Begriff der juriſtiſchen Perſon auf die eine Claſſe derſelben beſchränkte, gab ſie andererſeits dieſem Begriff in der fraglichen Richtung eine ſolche maßloſe Ausdehnung, daß er ſeine beſtimmte ſcharfe Begrenzung gänzlich verlor, ſeine Brauchbarkeit zur Bezeichnung einer beſtimmten juriſtiſchen Erſcheinung einbüßte und nunmehr Diſtinctionen und Unterſcheidungen nöthig macht, welche an ſich der Natur der Sache gänzlich fremd ſind. Statt nemlich das Weſen der juriſtiſchen Perſon darein zu ſetzen, daß ein ideelles Rechtsſubject vorhanden iſt, welches ſowohl von den jeweiligen einzelnen Mitgliedern der Corporation als von der Totalität derſelben gänzlich verſchieden iſt, verſtand man vielmehr unter moraliſcher Perſon jede Vereinigung mehrerer Perſonen zur Erreichung irgend eines gemeinſchaftlichen Zweckes mit gemeinſchaft-

---

12) Grundriß eines Syſtems des gemeinen Civilrechts 3. Ausg. 1819 (1. Aufl. 1807) S. 25 Note 15 „Dergleichen Anſtalten (Stiftungen) werden zwar, wenn man ſie nicht ganz vergißt, meiſtens unter die universitates gerechnet, aber wohl mit Unrecht."

13) So z. B. beſchränkt Thibaut noch in der 8. Aufl. ſeines Syſtems (1834) §. 130 den Begriff der persona moralis auf Corporationen. Vgl. hierüber auch Roßhirt im civil. Arch. X S. 345 und Pfeifer S. 21.

14) Das weſtgaliz. Geſetzb. gab im Perſonenrecht gar keine Beſtimmung über juriſtiſche Perſonen, ſondern erwähnte ihrer erſt im II. Thl. im Erbrecht (§. 337).

15) Darüber daß die Stiftungen auch nach öſterr. Recht als juriſtiſche Perſonen anzuſehen ſeien, kann natürlich kein Zweifel ſein (vgl. §§. 646. 694. 778 a. b. G. B.) und ſind mit Recht unſere Schriftſteller hierüber einig; vgl. Winiwarter I S. 136 (obgleich er ſelbſt S. 133 die juriſtiſche Perſon ſo eng definirt, daß nur die Corporationen darunter befaßt werden können), Stubenrauch I S. 142.

lichen Mitteln[16]. Wo immer Einheit des Zwecks und Einheit des Willens zu finden sei, da sollte dieser Annahme zufolge eine moralische Person vorhanden sein[17]. So rechnete man denn nicht nur jede Erwerbsgesellschaft zu den moralischen Personen, sondern identificirte diesen Begriff überhaupt mit dem Begriff der Gesellschaft und der Gemeinschaft[18]. Nahm man auch auf Grundlage einiger nicht

---

16) So z. B. sagt Kaufmann Anfangsgründe des röm. Privatrechts (Wien 1844) I §. 32 „Moralische Personen sind Vereinigungen zur Realisirung eines fortdauernden Zwecks durch gemeinschaftliche Kräfte;" Thibaut definirte in den älteren Auflagen seines Systems (1. Aufl. §. 198, 3. Aufl. §. 218, vgl. 8. Aufl. §. 130) die moralische Person als „eine jede zu einem immerwährenden Zweck verbundene Mehrheit von Personen." Merkwürdig ist die Definition, welche Höpfner S. 94 gibt (den hier wieder der Wiener Heineccius fast wörtlich ausschreibt) „Da die Persönlichkeit eines Menschen von seinem Zustande und folglich von seinen Rechten abhängt, so sieht man zuweilen mehrere Menschen, weil sie einerlei Rechte einerlei Zustand haben, als Eine Person an und nennt sie eine moralische Person; z. E. eine Dorfgemeinde ist eine moralische Person, weil alle einzelnen Gemeindeglieder als Gemeindeglieder betrachtet einerlei Rechte haben."

17) Das entscheidende Gewicht legte man hierbei darauf, daß die mehreren Personen „im rechtlichen Verstand gleichsam nur wie Eine Person angesehen würden" (Glück I S. 492 fg. II S. 62, Konopak Institut. §. 97). Es leuchtet ein wie sehr dieser Ausdruck einerseits vag ist und wie wenig er andererseits das fragliche Verhältniß zu charakterisiren im Stande ist, da sonst auch bei Correalobligationen eine juristische Persönlichkeit angenommen werden müßte (l. 9 pr. D. de pact. 2, 14 Si plures sint qui eandem actionem habent unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi — unius loco numerabuntur; und ebenso im Verhältniß zwischen Vater und Sohn (l. 11 C. de impub. et aliis substit. 6, 26 — cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligatur). Vgl. Note 18.

18) So z. B. setzte Konopak Institut. §. 201 den Begriff des condominium darein, daß hier das Eigenthum einer moralischen Person zustehe, berief sich dafür auf l. 4 §. 7 D. fin. regund. (10, 1) da es in dieser Stelle heißt Si communem fundum ego et tu habemus — unius loco habemur (vgl. Note 17) und bemerkte hierzu, die Römer drückten dieß Verhältniß dahin aus res quam cum alio vel aliis communem quis habet. So sagt Zeiller Natürl. Privatr. §. 158 „Der Begriff einer Gesellschaft enthält Einheit des Zwecks, Einheit des Willens, Einheit der Kraft. Daher wird die Gesellschaft als ein Vernunftwesen, als eine moralische Person bezeichnet" und hierher rechnet Zeiller nicht nur jede societas, sondern er stellt unter „das besondere Gesellschaftsrecht" die Ehe, das Verhältniß der Eltern zu den Kindern so wie das Gesinderecht. Auch Schilling Institut. I §. 46 Note l rechnet die Familie gleich dem Staat und der Kirche zu den juristischen Personen. — Ebenso hat man öfters in der Streitgenossenschaft eine juristische Person sehen wollen (s. dagegen Bayer Vorträge über den gem. Civilpr. 8. Aufl. S. 428) und in gleicher Weise angenommen, daß beim Concurs das Gläubigercorps eine juristische Person bilde (so z. B. Kori System des Concurspr. S. 48 u. selbst noch Günther Der Concurs der Gläubiger [1852] S. 34 fg.;

leicht zu überſehender Stellen des römiſchen Rechts (l. 1 pr. D. quod cujusc. univers. 3, 4 D. de colleg. et corp. illic. 47, 22 t. t.) das Merkmal der Genehmigung der Geſellſchaft durch die Staatsgewalt hinzu, ſo faßte man dieſe Genehmigung doch nur vom polizeilichen Geſichtspunkte auf und ſah in der Conceſſion nur die Erlaubniß zur Exiſtenz der Geſellſchaft[19], nicht aber die Ertheilung der juriſtiſchen Perſönlichkeit, die Creirung eines ideellen Subjects durch die Staatsgewalt[20]. Zu der verwerflichen Ausdehnung des Begriffs der juriſtiſchen Perſon trug überdieß der Mangel gehöriger Unterſcheidung und Trennung der Corporation als der materiellen Einheit der Corporationsglieder von den Geſellſchaften mit bloß formeller (ſ. g. collectiver) Einheit der jeweiligen Geſellſchafts- und Vereinsmitglieder (vgl. folgend. §. lit. B.) weſentlich bei. Auf dieſe Weiſe kam man denn allmälig zu dem allgemeinen Satz: jede erlaubte Geſellſchaft iſt eine juriſtiſche Perſon. — Bei genauerer Betrachtung mußte es ſich freilich bald zeigen, daß bei den Corporationen das entſcheidende Kriterium darin beſtehe, daß nicht die einzelnen Mitglieder Subjecte der Rechte und Verbindlichkeiten ſeien, ſondern vielmehr ein von ihnen gänzlich verſchiedenes, ſie verdrängendes, über ihnen ſchwebendes unſichtbares ideelles Subject, und man fügte daher hinterdrein bei, daß bei den Corporationen die genannte Eigenthümlichkeit eintrete. Auf dieſe Art war man denn eigentlich dahin gelangt

---

ſ. dagegen Schweppe Das Syſtem des Conc. (3. Ausg. 1829) §. 55, Haimerl Concurs §. 26, Bayer Theorie des Conc. (4. Aufl. 1850) §. 29.

19) So z. B. ſagt Glück II S. 489 „Eine universitas personarum iſt überhaupt eine vom Staat oder desſelben Oberhaupte ausdrücklich genehmigte oder privilegirte Geſellſchaft, die ſich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden hat.“ Ebenſo ſagt Kaufmann Anfangsgründe I §. 38 „Man verſteht unter einer moraliſchen Perſon jede Vereinigung zu einem gemeinſchaftlichen fortdauernden Zweck. Dieſe muß wenn ſie anders erlaubt ſein ſoll unter der Auctorität der oberſten Staatsgewalt geſchehen.“ In gleicher Weiſe faßt Thibaut a. a. O. die Sache auf.

20) In dieſer Verwechslung der polizeilichen Conceſſion einer Geſellſchaft mit der Creirung einer juriſtiſchen Perſönlichkeit durch die Staatsgewalt gaben die Stellen des römiſchen Rechts über das collegium licitum Veranlaſſung, da nach römiſchem Recht zufolge eines allgemeinen Rechtsſatzes gewiſſe collegia, dafern ſie nur licita waren, hiermit zugleich als juriſtiſche Perſonen beſtanden vgl. l. 20 D. de reb. dub. (34, 5), Puchta Inſtitut. II S. 234. 235, Göſchen Vorleſ. I S. 204, Savigny II S. 256—259 (Pfeifer S. 30 fg. iſt ohne haltbaren Grund a. A.).

annehmen zu müssen, es gebe juristische Personen im eigentlichen und uneigentlichen Sinne; jede Gesellschaft sei zwar eine juristische Person, aber nicht jede von ihnen eine juristische Person im eigentlichen Sinne d. h. eine Corporation. Hiernach giebt es eigentliche und uneigentliche juristische Personen, d. h. solche die es sind und solche die es nicht sind, juristische Personen die Corporationsqualität haben und solche die sie nicht haben. — So sehr auch eine solche Unterscheidung principiell haltlos und innerlich unbegründet ist, so wird man dennoch genöthigt auch für das österreichische Recht solche Unterscheidungen zu machen, da auf diese Weise allein die grenzenlose Verwirrung zu heben ist, welche bei uns in dieser Materie eingerissen ist. Das österreichische Gesetzbuch handelt im §. 26 von erlaubten und unerlaubten Gesellschaften, bestimmt welche Gesellschaften erlaubt welche unerlaubt seien und gibt in der Marginalrubrik zu erkennen, daß alle erlaubten Gesellschaften als moralische Personen anzusehen seien[21]. Dieß ist offenbar der Standpunkt der älteren Doctrin, wonach das Kriterium der juristischen Persönlichkeit darin bestehen soll, daß die mehreren Personen gleichsam Eine Person ausmachen und wonach in der Erlaubtheit der Gesellschaft eine Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit liegen soll[22]. Wollte man nun jede erlaubte Gesellschaft als eine juristische Person im eigentlichen Sinne

---

21) In diesem weiten Sinn heißt es noch in §. 26 der Jurisdict. Norm v. 20. Nov. 1852: „Alle übrigen juristischen Personen (d. h. abgesehen vom Fiscus, den politischen und geistlichen Gemeinden, Kirchen, Pfründen, Stiftungen und Anstalten zu öffentlichen Zwecken §. 23—25) als: Vereine, Erwerbsgesellschaften und Corporationen unterstehen jenen Gerichten, in deren Sprengel sich ihre Geschäftsleitung befindet."

22) Die früheren österr. Schriftsteller zögerten daher auch nicht im Einklang mit manchem gemeinrechtlichen Schriftsteller (vgl. Note 18) die in einer communio stehenden Theilhaber einer Sache unter Berufung auf §. 361 u. §. 828 a. b. G. B. als eine juristische Person anzusehen. So Zeiller I S. 121 und Schuster I S. 341 fg., bei dem sich Ziffer 4 folgende merkwürdige Stelle findet: „Da erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen genießen, so kann man sie auch im rechtlichen Verstande füglich als eine Person und zwar als eine einzige betrachten: eben daher heißt es im §. 361 u. §. 828 die Theilhaber einer Sache stellen nur Eine Person, nemlich eine moralische vor" und als Beleg dafür citirt Schuster in der Note b die l. 22 D. de fidej. (46, 1) — hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas! Erst die neuern Schriftsteller unterschieden die Gemeinschaft (communio) von der Gemeinheit (universitas); so Winiwarter I S. 133. 134, Stubenrauch I S. 147.

als eine Corporation anſehen, ſo käme man zu Folgerungen welche nicht nur den Anforderungen des praktiſchen Lebens geradezu widerſprechen, indem den einzelnen Mitgliedern einer jeden Geſellſchaft mit einem Schlag das Geſellſchaftsvermögen entzogen und einem ideellen Subject beigelegt würde und überhaupt alle im folgenden Paragraphe angegebenen Wirkungen der juriſtiſchen Perſönlichkeit eintreten müßten, ſondern man käme auch in directen Widerſpruch mit den Rechtsſätzen, welche einerſeits rückſichtlich der Corporationen unzweifelhaft anerkannt ſind, ſo insbeſondere mit der Rechtsregel quod universitati debetur singulis non debetur, quod universitas debet singuli non debent, während andrerſeits bei Geſellſchaften überhaupt und insbeſondere auch bei Erwerbsgeſellſchaften zufolge der ausdrücklichen Beſtimmung des Geſetzbuchs[23] die entgegengeſetzte Regel gilt. Auch für das öſterreichiſche Recht wird man daher nothwendig zwiſchen Corporation und ſolchen juriſtiſchen Perſonen die keine Corporationen d. h. die eigentlich gar keine juriſtiſchen Perſonen ſind, unterſcheiden müſſen und auf dieſem Wege zu dem Reſultate gelangen, daß Erwerbsgeſellſchaften überhaupt, insbeſondere aber Handels-

23) §. 1208 a. E. beſtimmt ausdrücklich „bei geſellſchaftlichen Forderungen oder Schulden hat jedes Mitglied nur für ſeinen Antheil (pro rata) ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Falle, welcher bei Handelsleuten vermuthet wird, daß Alle für Einen und Einer für Alle etwas zugeſagt oder angenommen haben.“ Bei Erwerbsgeſellſchaften iſt daher jedes Mitglied als ſolches entweder pro rata oder in solidum berechtigt und verpflichtet; es kann daher hier durchaus nicht von einer juriſtiſchen Perſon geſprochen werden, da bei Corporationen die singuli weder pro rata noch in solidum debent noch singulis debetur. Mehr Schwierigkeiten macht der §. 848 a. b. G. B., welcher mitten in dem Hauptſt. „von der Gemeinſchaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte“ beſtimmt, daß „derjenige, welcher an eine Gemeinſchaft ſchuldig iſt, die Zahlung nicht an einzelne Theilnehmer entrichten kann. Solche Schulden müſſen an die ganze Gemeinſchaft oder an jenen der ſie ordentlich vorſtellt abgetragen werden.“ Aus Zeiller's Comment. II S. 908 geht aber klar hervor, woran man bei dieſem ziemlich unglücklich gefaßten § gedacht habe. Man wollte damit nur ſagen, daß in dem Falle als mehrere Miteigenthümer mit Bezug auf die gemeinſchaftliche Sache in obligatoriſche Verhältniſſe mit Dritten treten (z. B. die gemeinſchaftlichen Hausvermiether) der Dritte den einzelnen Mitgliedern als den pro rata Berechtigten bezahlen müſſe, daß er ſich alſo nicht durch Zahlung der ganzen Summe an Ein Mitglied liberiren könne, dafern dieſes nicht beſonders hierzu legitimirt iſt. — Der darauf folgende §. 849, gegen den ſich auch ſonſt noch Vieles einwenden läßt (vgl. §. 44 Note 8), iſt eine lex fugitiva, welche gar nicht in das fragliche Hauptſtück gehört, wie denn überhaupt dieſes Hauptſtück ſowohl was ſeine ſyſtematiſche Stellung als ſeine Ausführung anbelangt ziemlich unbefriedigend ausgefallen iſt.

gesellschaften[24] und ihre Firmen[25], ferner Actiengesellschaften, sociale Vereine wie z. B. der juridisch-politische Leseverein in Wien, Kunstvereine, ökonomische Gesellschaften u. s. w. durchaus nicht als eigentliche juristische Personen (Corporationen), sondern lediglich als einfache Gesellschaften (societates) oder als Gesellschaften mit formeller (s. g. collectiver) Personeneinheit zu betrachten seien. Dadurch nun daß unsere österreichischen Schriftsteller ohne Ausnahme den hier aufgestellten und historisch motivirten Unterschied nicht machen, kommen sie in unberechenbare Schwierigkeiten und Widersprüche, welche sie aber selbst freilich gar nicht zu bemerken scheinen. So führen sie z. B. als juristische Personen nebeneinander den Staat und die einfache Erwerbsgesellschaft auf, als ob für beide dieselben Grundsätze gelten würden; und der Streit den sie darüber führen, ob die eine oder die andere Gesellschaft zu den juristischen Personen zu zählen sei oder nicht, ist ganz und gar fruchtlos, da sie sich selbst nirgends darüber klar werden, worin die rechtlichen Consequenzen einer solchen Subsumtion bestehen[26]. —

---

24) Die offenen Handlungsgesellschaften hat man früher auch gemeinrechtlich öfters für juristische Personen angesehen, was zu wesentlich irrigen Consequenzen führen muß; vgl. Gerber System §. 196 a. E., Elvers in der Themis I S. 498 fg. und insbes. Brinckmann Handelsrecht (1852) S. 129. 130.

25) Auch die Firmen hat man öfters für juristische Personen ansehen wollen. Diese Annahme kehrt das natürliche Verhältniß geradezu um, denn die Firma repräsentirt die natürlichen Personen (die Gesellschafter), während die juristische Person selbst erst einer Repräsentation bedarf. Vgl. Puchta Vorles. I S. 59.

26) So z. B. führt Stubenrauch I S. 142 als Corporationen neben einander die Gemeinden, die religiösen Genossenschaften, die Kirche, ferner alle Gesellschaften und Vereine an, ja er nimmt an, daß selbst die Armen einer Stadt eine Corporation bilden: eine Annahme, welche er aber später (II S. 297 in der Note) auf den Widerspruch Harum's zurückgenommen hat. Aber auch was Harum im Magazin Bd. X S. 248 fg. ausführt ist unbefriedigend, da auch er weder den im Text hervorgehobenen Unterschied macht, noch die rechtlichen Consequenzen des Begriffs der juristischen Persönlichkeiten im eigentlichen Sinn angibt. So rechnet denn auch Harum die Erwerbsgesellschaften ohne weiteres zu den juristischen Personen (S. 251) und meint es sei „in dem §. 1202 und 1203 a. b. G. B. entschieden anerkannt, daß sie in den Rechtsverkehr als ein selbständiges von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes Rechtssubject eintreten", während doch gerade aus dem §. 1203 a. b. G. B. hervorgeht, daß was der Erwerbsgesellschaft geschuldet wird singulis debetur. Mit ebenso viel Recht könnte man aus §§. 361. 828 und 848 a. b. G. B. ableiten wollen, daß die in einer communio stehenden Miteigenthümer eine Corporation ausmachen; vgl. Note 23. — Winiwarter I S. 134 hat zwar die richtige Ansicht, daß Erwerbsgesellschaften nicht zu den juristischen Personen gehören; allein er sucht seine Ansicht mit allem möglichen nur nicht mit der entscheidenden Berufung auf §. 1203 a. b. G. B. zu begründen. Übrigens steht

Als juriſtiſche Perſonen ſind oben die Corporationen, die Stiftungen und die ruhende Erbſchaft angeführt worden. Von manchen Schriftſtellern werden aber noch andere Fälle ſtatuirt, in welchen eine juriſtiſche Perſönlichkeit anzunehmen ſei: es iſt daher nunmehr zu unterſuchen, ob die Beſchränkung auf jene Fälle gerechtfertigt ſei oder nicht. Als juriſtiſche Perſonen werden von manchen Schriftſtellern 1) die Grundſtücke aufgeführt, weil ſie als Rechtsſubjecte ſchon im römiſchen Rechte bei den Realſervituten und noch mehr im heutigen Rechte bei allen Realrechten vorkämen[27]. Allein aus dieſer perſonificirenden bloß bildlichen Redeweiſe darf durchaus nicht gefolgert werden, als ſei in der That das Grundſtück das berechtigte Subject, als werde eine Perſönlichkeit desſelben fingirt, welche von dem jeweiligen Eigenthümer vertreten werde. Jene Verknüpfung des Rechts mit der Sache vermittelt nur die Verknüpfung des Rechts mit der Perſon: der jeweilige Eigenthümer der Sache iſt berechtigt und er kann über das Realrecht ebenſo frei verfügen wie über andere Vermögenstheile[28] (vgl. unten §. 64). 2) Die Staatsgewalt und die Staatsämter, indem hier das Subſtrat eine ſucceſſive Mehrheit phyſiſcher Perſonen und der jeweilige Regent oder Beamte nur der zeitweilige Träger der juriſtiſchen Perſönlichkeit ſei[29]. Allein auch

---

dieſe ſeine Anſicht ganz vereinzelt und vereinſamt da, indem er alle anderen Geſellſchaften und Vereine ohne weiteres zu den juriſtiſchen Perſonen zählt. — Wie ſehr ſich dieſer Mangel gehöriger Unterſcheidung praktiſch fühlbar macht, ergibt ſich daraus, daß unſere Schriftſteller nunmehr ohne weiteres Alles was von den juriſtiſchen Perſonen im eigentlichen Sinn (den Corporationen und Stiftungen gilt, auch auf die juriſtiſche Perſon im uneigentlichen Sinn d. h. auf Geſellſchaften, Vereine u. ſ. f. übertragen. So ſoll z. B. nach Stubenrauch's Anſicht (I S. 446) die Begünſtigung in Anſehung der Erſitzungs- und Verjährungszeit (§§. 1472. 1485 a. b. G. B.) auch für Erwerbsgeſellſchaften gelten; hiermit wären z. B. die Güter derjenigen Handelsleute die in Compagnie treten der ordentlichen Erſitzung entzogen (Ellinger ad §. 1472 trägt freilich Bedenken dieſe Conſequenz zu ziehen); Vereine, Erwerbsgeſellſchaften u. ſ. f. könnten hiernach zu Erben eingeſetzt werden! u. a. m.

27) So Heiſe Grundriß I §. 98 Note 15, Böcking I S. 234 Note 3, Reyſcher I §. 94. 245.

28) Die meiſten Schriftſteller haben ſich daher gegen jene Annahme erklärt; ſo Fritz Erläut. I S. 150 fg., Kierulff I S. 130 Note *, Sintenis I §. 15 Note 10, Bangerow I S. 107, Savigny II S. 379 fg., Puchta R. L. III S. 66 Pandekt. §. 27 Note q, Wächter II S. 324, Beſeler I S. 352.

29) So Heiſe a. a. O., Haſſe im civil. Archiv Bd. V S. 67, Mühlenbruch I §§. 196. 199, Göſchen Vorleſ. I §. 62, Schweppe I §. 82, Schil-

in diesem Fall ist der eigentlich Berechtigte und Verpflichtete die einzelne physische Person, der Regent oder der Beamte, nicht aber ein über ihnen schwebendes ideelles Subjeet[30] und die Eigenschaft oder Würde ist nur die vermittelnde Bezeichnung um die physische Person zu charakterisiren[31]. Eine Behörde insbesondere ist, obgleich sie aus Mehreren gebildet wird welche das fragliche Amt collegialisch verwalten, dennoch in privatrechtlicher Beziehung nicht als eine juristische Person zu betrachten[32], da sie eines selbständigen[33] Vermögens gänzlich entbehrt, und die von vielen Schriftstellern[34] hier angeführten

---

ling II §. 46, Böcking I S. 233 lit. a, Seuffert I §. 54. — Auch unsere österr. Schriftsteller sind der Ansicht, daß Behörden juristische Personen seien, vgl. z. Winiwarter I S. 136, Stubenrauch I S. 142, s. aber gegen dieselben die richtigen Ausführungen von Harum a. a. O. S. 254.

30) Vgl. Fritz Erläut. I S. 154, Kierulff I S. 180 Note *, Savigny II S. 237 und S. 376. 379, Puchta Pandekt. §. 27 Note I. Sintenis I §. 15 Note 7, Pfeifer S. 19 fg., Bangerow I S. 107.

31) Wenn z. B. dem Regenten ein Legat ausgesetzt wird und dieß dahin interpretirt wird es sei jene Person gemeint, welche zur Zeit des Todes Regent sein werde (l. 56 D. de legat. II), so ist dieß kein Legat an eine juristische Person, sondern ein Legat an eine physische Person aber an eine persona incerta: der zur Zeit des Todes herrschende Regent erhält das Legat und dasselbe gehört zu seinem Privatvermögen, nicht etwa zum Staatsvermögen, wie man consequent annehmen müßte, falls in der That der Regent nur der Vertreter der juristischen Person wäre; vgl. Savigny II S. 376. 379. Über den Fall, wenn ein Beamter eine Jahresrente stiftet, welche jeder seiner Nachfolger im Amt beziehen soll vgl. Savigny II S. 377. 379.

32) Wenn daher Jemand z. B. das Oberlandesgericht in Wien zu seinem Erben einsetzt, so ist diese Erbeinsetzung ungiltig, da die eingesetzte Person (das Oberlandesgericht) privatrechtlich gar nicht existirt, der Fiscus aber nicht als Erbe betrachtet werden kann, da dieß nicht der Wille des Erblassers ist (quod potuit non voluit, quod voluit non potuit). Würde Jemand dem Oberlandesgericht das Legat einer Geldsumme aussetzen, so wäre dieses gleichfalls ungiltig: als Legat an eine juristische Person kann es nicht behandelt werden, da Behörden eben keine juristischen Personen sind; als Legat an die einzelnen physischen Personen, welche zur Zeit des Erblassers zum Oberlandesgericht gehören (als legatum incertis personis) kann es aber gleichfalls nicht aufrecht erhalten werden, da sich durchaus nicht annehmen läßt der Erblasser habe die einzelnen Personen (vom Präsidenten bis zum letzten Ofenheizer hinab) im Auge gehabt und sich nur einer Collectivbezeichnung bedient.

33) Wird auch wie dieß häufig vorkömmt einer Behörde ein gewisser jährlicher Geldbetrag vom Staat ausgesetzt, so ist und bleibt doch der Fiscus der Eigenthümer des Vermögens und die Behörde hat dasselbe nur zu ihren Zwecken zu verwenden.

34) Die meisten jener Schriftsteller, welche die Behörden und Ämter als juristische Personen anführen, z. B. Schweppe I §. 82, Mühlenbruch I §. 199,

Grundſätze über Verantwortlichkeit der einzelnen Beamten bei Beſchlußfaſſung collegialiſcher Ämter zeigen vielmehr ganz klar, daß hier von einer juriſtiſchen Perſon keine Rede ſein kann[35]. 3) Von manchen Schriftſtellern wird der Fiscus als eine beſondere Art der juriſtiſchen Perſon angeführt und neben die Corporationen und Stiftungen geſtellt[36]. Allein der Fiscus iſt nichts anderes als der Staat ſelbſt nach ſeiner vermögensrechtlichen Seite betrachtet, alſo eine universitas, nicht aber eine von der universitas verſchiedene Perſönlichkeit[37].

II. Von den Corporationen.

§. 43. Unter einer Corporation (Körper, Körperſchaft, Gemeinheit, collegium, corpus[1]) verſteht man die zur Erreichung beſtimmter Zwecke gebildete Vereinigung mehrerer Perſonen zu einem ideellen Rechtsſubject. Das Subſtrat der juriſtiſchen Perſon bilden demnach die mehreren Perſonen, welche ſich zur Erreichung eines beſtimmten Zweckes (des Corporationszwecks) vereinigt haben. Aber weder dieſe einzelnen natürlichen Perſonen noch die numeriſche Totalität

---

Seuffert I §. 54, ſchreiben ihnen dennoch weder Eigenthum noch Forderungen oder Schulden zu, alſo gerade dasjenige nicht was für die Exiſtenz einer juriſtiſchen Perſon in privatrechtlicher Beziehung das Entſcheidende iſt, ſondern ſprechen nur von der Verantwortlichkeit bei Collegialbeſchlüſſen, was aber mit der Annahme einer juriſtiſchen Perſönlichkeit in gar keinem inneren Zuſammenhang ſteht; vgl. Puchta Pandekt. §. 27 Note l Vorleſ. I S. 61. 62.

35) Die einzelnen Beamten ſind es die verhaftet ſind; von einer Verpflichtung der juriſtiſchen Perſon iſt keine Rede. Daraus erklärt es ſich, daß kein Beamter für die Verſchuldung ſeines Vorgängers oder Nachfolgers im Amte haftet; l. 9 §. 9 D. de adm. rer. civ. (50, 8) l. 23 C. de decur. (10, 31), Stellen, welche nebſt l. 76 D. de judic. (5, 11) Böcking I §. 62 Note 9 irrigerweiſe für die gegentheilige Anſicht anführen will.

36) So z. B. von Kierulff I S. 153, Savigny II S. 245, Arndts Pandekt. §. 47 und Böcking §. 65; vgl. dagegen Vangerow I S. 408 und Puchta Pandekt. S. 41.

37) Manche Schriftſteller ſtellen den Fiscus zu der zweiten Claſſe der juriſtiſchen Perſonen, deren Unterlage eine universitas bonorum iſt, indem ſie den Fiscus als das geſammte Staatsvermögen definiren; ſo z. B. Sintenis I §. 45 Note 13 und ebenſo manche öſterr. Schriftſteller z. B. Stubenrauch I S. 142. Allein das Staatsvermögen iſt eben das Vermögen des Staates d. h. der Staat ſelbſt, die größte universitas, iſt das Vermögensſubject.

1) Über die verſchiedenen Bezeichnungen des röm. Rechts ſ. Savigny I S. 259—262, Puchta im R. L. III S. 75—77.

aller gegenwärtigen und künftigen Mitglieder bilden das Rechtssubject, sondern dieses ist die von den einzelnen physischen Personen gänzlich verschiedene ideelle und materielle Einheit aller Mitglieder. Daher muß dieses ideelle Rechtssubject von den einzelnen Mitgliedern, welche zur Corporation gehören, scharf unterschieden werden und selbst der vereinigte Wille (der Collectivwille) aller jeweiligen Mitglieder der Corporation vermag als solcher nicht den Willen des ideellen über ihnen schwebenden Rechtssubjects darzustellen[2], sondern kann dieß erst im Wege einer Fiction, wonach die jeweiligen Mitglieder als Repräsentanten der juristischen Person, also ihr Wille als der Wille dieser angesehen wird[3].

Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst A) der wesentliche Unterschied der Corporation (universitas) von der einfachen Gesellschaft (societas)[4]. Bei der Corporation ist das Subject der einzelnen Rechte ein von den jeweiligen einzelnen Mitgliedern gänzlich verschiedenes dieselben verdrängendes Subjeet; die einzelnen Mitglieder der Corporation sind daher nicht die Subjecte des Corporationsvermögens, sondern verhalten sich zu diesem wie Nichtmitglieder, wie fremde dritte Personen[5]. Die Sachen welche im Eigenthum der

2) Bevor die neueren eingehenden Untersuchungen über das Wesen der juristischen Person angestellt wurden, sah man häufig (vgl. auch c. 7 X de proc. 1, 38) den Collectivwillen ohne weiteres als den Willen der juristischen Person an, was natürlich zu wesentlichen Irrthümern führen mußte, so z. B. rücksichtlich der Möglichkeit von Delicten juristischer Personen, rücksichtlich der Theilung der Gemeindegüter u. s. f. vgl. Savigny II S. 331 fg. So z. B. definirt Thibaut noch in der 8. Aufl. seines Systems (1834) §. 139 die Gemeinheit „als eine Mehrheit von Personen, welche das Recht bekommen hat durch ihren Collectivwillen eine einzige moralische Person zu bilden" und meint §. 132 das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten einer moralischen Person werde durch den Willen der Majorität gebildet.

3) In diesem Sinn heißt es in l. 1 §. 22 de acq. vel amitt. poss. (41, 2) Municipes per se nihil possidere possunt quia universi consentire non possunt (vgl. Savigny II S. 291 Note t) und l. un. §. 1 D. de lib. univers. (38, 3) movet enim quod consentire non possunt (vgl. Savigny II S. 303 Note h) d. h. der Collectivwille ist an sich ohne Fiction nicht der Wille der ideellen Einheit; vgl. Savigny II S. 283. 301 Note b und Puchta Pandekt. §. 26 Note d.

4) Vgl. hierüber Bangerow I §. 54, Puchta Pandekt. §. 26 Vorles. I S. 59. 60 R. L. III S. 78, Pfeifer S. 56—90.

5) l. 2 pr. D. quod univers. (3, 4) Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.

Corporation ſtehen befinden ſich im Alleineigenthum der juriſtiſchen Perſon, nicht im Miteigenthum der einzelnen Mitglieder[6]. Die Forderungen und Schulden der Corporation ſtehen ihr zu und haften auf ihr als dem ideellen Subject: die einzelnen Mitglieder ſind weder pro rata oder in solidum berechtigt, noch pro rata oder in solidum verpflichtet[7]. Da das Corporationsvermögen einer von den einzelnen Mitgliedern ganz verſchiedenen Perſon gehört, wird es möglich, daß den einzelnen Mitgliedern an den Sachen der Corporation als res alienae dingliche Rechte (jura in re aliena[8]) zuſtehen können und daß ſie gegen die Corporation Forderungsrechte ſo wie Schuldverbindlichkeiten haben können[9]. Eben deßhalb aber ſteht juriſtiſch die Ver-

---

6) l. 6 §. 1 D. de rer. divis. (1, 8) Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur sed universitatis —. cf. l. 1 §. 7 D. de quaest. (48, 18) l. 10 §. 4 D. de in jus voc. (2, 4). Wenn man dennoch die Sachen einer Corporation gemeinſchaftlich nennt (z. B. servus communis, arca communis u. ſ. f.), ſo iſt dieß nur der vulgäre Sprachgebrauch, der damit zunächſt beſagen will, dieſe Sachen gehören nicht dem Einzelnen. In der That aber iſt die res universitatis gar nicht gemeinſchaftlich; es findet kein condominium ſtatt, ſondern die Sache befindet ſich im Alleineigenthum. Über die Conſequenzen dieſes Unterſchiedes vgl. Vangerow I §. 54 Ziff. 1.

7) l. 7 §. 1 D. quod cuj. universit. (3, 4) Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent. Daher kann der Schuldner der universitas mit Forderungen, die er an die einzelnen Mitglieder hat, nicht compenſiren und umgekehrt (vgl. Pfeifer S. 67 fg.) und die Mitglieder der Corporation haften nicht einmal ſubſidiär für die Schulden der Corporation arg. l. 8 D. eod. tit. vgl. Pfeifer S. 69 fg.

8) Daher kann das Gemeindeglied für ſein Grundſtück am Grundſtück der Corporation eine Servitut erwerben, während wenn Jemand ein Grundſtück im Alleineigenthum und ein anderes im Miteigenthum hat, dem einen Grundſtück an dem andern keine Servitut erworben werden kann l. 8 §. 1 D. de servit. 8, 1 (ein Satz der auch für das öſterr. Recht gelten muß, obgleich er hin und wieder angezweifelt wird). Daher kann ferner eine actio finium regundorum angeſtellt werden, wenn das Grundſtück einer Corporation an ein Grundſtück eines Corporationsmitgliedes ſtößt und die Grenzen verwirrt ſind, während jene Klage nicht angeſtellt werden kann, wenn Jemand ein Grundſtück im Alleineigenthum hat und an dem angrenzenden Miteigenthum beſitzt l. 1 §. 7 D. fin. reg. (10, 1); vgl. Gaudlitz (Haubold) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis 1804 und Vangerow I S. 110. 111 Nr. 3. 4.

9) Ebenſo kann ferner die Corporation, die zum Erben eingeſetzt wurde, verpflichtet werden die Erbſchaft einem Corporationsmitglied fideicommiſſariſch zu reſtituiren; l. 1 §. 15 D. ad S. C. Trebell. (36, 1) Si autem collegium vel corpus sit quod rogatum est restituere, decreto eorum qui sunt in collegio vel

äußerung des Corporationsvermögens an die Mitglieder der Veräußerung an dritte Nichtmitglieder ganz gleich und die sogenannte Theilung der Gemeindegüter ist in der That ein vollständiger Eigenthumswechsel. Endlich bleibt bei der Corporation das Rechtssubject immer dasselbe, mögen auch die einzelnen Mitglieder wechseln, da die Corporation eben ein selbständiges von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes Subject ist[10]. — Geradezu umgekehrt verhält es sich in allen diesen Beziehungen bei der Gesellschaft (societas). Die Gesellschaft löst sich auf durch den Tod eines Mitglieds und wird eine neue wenn ihre Mitglieder wechseln[11]. Das Gesellschaftsvermögen steht nicht einem ideellen Subject sondern den einzelnen Gesellschaftern zu. Die Sachen stehen daher im Miteigenthum der Gesellschafter; die Forderungen und Schulden stehen den einzelnen Gesellschaftern zu und haften auf denselben, sei es nun pro rata oder in solidum (§. 1203 a. b. G. B.). Die Gesellschafter haben bloß unter einander Rechte und Pflichten und es gibt kein drittes von ihnen verschiedenes ideelles Subject dem sie gegenüber stünden. Die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens ist daher keine Veräußerung an Dritte, sondern die Verwandlung des ideellen Antheils jedes Gesellschafters in einen wirklichen ausgeschiedenen Theil. Löst sich die Gesellschaft auf, so fällt ihr Vermögen nicht so wie bei der Corporation als bonum vacans an den Staat, sondern die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft theilen das gemeinschaftliche Vermögen unter sich.

Wie von der einfachen Gesellschaft so muß die Corporation auch B) von den Gesellschaften mit formeller (collectiver) Personeneinheit[12] scharf getrennt werden, deren es im moder-

---

corpore in singulis inspecta eorum persona restitutionem valere: nec enim ipse sibi videtur quis horum restituere.

10) l. 7 §. 2 D. quod cuj. universit. (3, 4) In — universitate nihil refert utrum omnes iidem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint. vgl. Pfeifer S. 78 fg.

11) l. 4 §. 1 D. pro soc. (17, 2) §. 4. 5 I. eod. tit. (3, 25) vgl. §. 1207 a. b. G. B.

12) Diese Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit haben in neuerer Zeit manche Germanisten unter den von ihnen aufgestellten Begriff von deutschrechtlichen Genossenschaften subsumiren wollen. Mit diesem Begriff selbst aber wurde von den betreffenden Schriftstellern (Bluntschli Staats- und Rechtsgesch. von Zürich 1838 I S. 81 fg. Deutsches Privatr. §. 33—44, Beseler Volks-

neu Leben mit ſeinem überwiegenden Trieb zur Aſſociation ſo viele gibt und welche in unſerem heutigen Rechtsleben eine ſo wichtige

---

und Juriſtenrecht 1843 S. 158 fg. Syſtem I §§. 68. 71, Wolff Lehrb. des deutſchen Privatr. 1843 I §. 64—77, Renaud Lehrb. I §. 57—79) in der That eine ziemlich unklare und nebelhafte Vorſtellung verbunden, indem ſie die Genoſſenſchaft als eine Unterart der juriſtiſchen Perſonen, als eine Art der Corporationen auffaßten und nunmehr von einer principiellen Verſchiedenheit des deutſchen Rechts vom römiſchen in Bezug auf das Recht der juriſtiſchen Perſonen ſprachen und dieſe principielle Verſchiedenheit ſo wie das Charakteriſtiſche der Genoſſenſchaften theils in der Eigenſchaft der Dauer theils in einem angeblichen Durchwachſenſein der Corporationsrechte mit denen der Mitglieder theils in der Entſtehung der Genoſſenſchaften durch den bloßen Willen der Mitglieder finden wollten und hiermit die ganz verwerfliche Annahme eines ſ. g. Geſammteigenthums in Verbindung brachten. Seit dieſer Begriff der ſ. g. deutſchrechtlichen Genoſſenſchaften von Thöl (Volksrecht, Juriſtenrecht, Genoſſenſchaften u. ſ. w. 1846 S. 18—62) einer ſehr ſcharfen und eindringenden Kritik unterzogen wurde, haben ihn die meiſten neueren Schriftſteller verworfen, ſo z. B. Gerber Syſtem §§. 49. 195 Note 1 §. 222 Note 1, Hillebrand Lehrbuch des deutſchen Privatrechts §. 44, Gengler Lehrb. I S. 128 fg., R. Schmid im Archiv für die civiliſt. Praxis Bd. XXXVI Nr. VIII S. 147—190 (vgl. auch Jolly in der Zeitſchrift für deutſches Recht Bd. XI S. 340, Brinckmann Handelsrecht §. 36). — So gerechtfertigt dieſe Kritik Thöl's und die Oppoſition der ihm folgenden Germaniſten gegen die Annahme ſ. g. deutſchrechtlicher Genoſſenſchaften iſt, ſo darf doch andererſeits nicht verkannt werden, daß ſie nur in ſo fern einen Werth hat, als ſie jenen Verſuch zur Conſtruction der thatſächlich vorliegenden Verhältniſſe als irrig zurückweiſt, daß ſie aber an die Stelle dieſer Conſtruction in der Regel keine andere ſetzt, welche jene wichtigen und unabweisbar vorhandenen Erſcheinungen befriedigend zu erklären vermöchte (vgl. Schüler in den juriſtiſchen Abhandlungen von Schüler, Ortloff, Heimbach und Guyet I 1847 Abh. V insbeſ. §. 7 und Brinckmann Handelsr. S. 126 Note 2). Die meiſten der genannten Schriftſteller haben geglaubt mit dem Begriff der „modificirten societas" auskommen zu können und daher den Satz aufgeſtellt, das heutige Recht kenne wohl Modificationen der römiſchen societas, nicht aber zwiſchen der societas und der universitas in der Mitte ſtehende Rechtsbildungen (vgl. z. B. Thöl Handelsrecht I 3. Aufl. 1854 §. 44 Note 4, Gerber Syſtem §. 195 Note 1, Schmid in der angef. Abh. u. A.). Dieſe Modificationen der Geſellſchaft ſollen in der Ausſchließung der Theilungsklage, in der Höchſtperſönlichkeit des Rechts der einzelnen Mitglieder, in der Bedeutungsloſigkeit des Austritts eines einzelnen Mitglieds für den Fortbeſtand der ganzen Geſellſchaft, endlich, wie Einige annehmen, Andere (z. B. Gerber Syſtem §. 49 Note 8) beſtreiten, in der Einheit der Proceßvertretung beſtehen. Allein dieſe Modificationen reichen durchaus nicht hin um alle die Erſcheinungen zu erklären, deren thatſächliche und vom Recht anerkannte Exiſtenz nicht abgeſtritten werden kann. Wie will man z. B. von jenem Standpunkt aus erklären, daß als Eigenthümer des Geſellſchaftsvermögens zunächſt nicht die einzelnen Mitglieder erſcheinen, daß nicht jeder einzelne Theilnehmer als Eigenthümer zu ideellem Antheil in die öffentlichen Bücher eingetragen wird, daß Tradition der ideellen Eigenthumsquote an das neu eintretende Mitglied nicht erforderlich iſt, daß der Geſellſchaftsſchuldner mit Forderungen gegen das einzelne Mitglied nicht compenſiren kann u. a. m.? (vgl. Schüler

und bedeutende Rolle spielen wie z. B. Dampfschifffahrts- und Eisenbahngesellschaften, Sparcassen, Banken, Heimaths-, Sterbe-, Witwen- und Waisencassen, Assecuranzanstalten, Provinzial- und Localvereine zu religiösen, literarischen, artistischen, socialen Zwecken wie Clubs, Ressourcen, Harmonien, Lesevereine, Kunstvereine u. s. f. Diese Gesellschaften stehen zwischen der einfachen Gesellschaft (societas) und der Corporation (universitas) in der Mitte, indem sie Gesellschaften und Vereine sind, welche nach außen eine der Corporation ähnliche Gestalt[13], nach innen eine der corporativen ähnliche Verfassung haben, ohne deßhalb wirklich Corporationen zu sein, daher für sie einerseits Manches gilt was sonst nur bei Corporationen angetroffen wird, während sie sich andererseits in wesentlichen Punkten von diesen unterscheiden. Das Charakteristische der juristischen Persönlichkeit der Corporation besteht darin, daß sie ein ideelles über den einzelnen Gliedern schwebendes, von ihnen

---

in der angef. Abhandl. S. 249—252, Brinckmann Handelsr. S. 128. 129). Jene Modificationen der societas können bei manchen einfachen Gesellschaften vertragsmäßig vorkommen, ohne daß die übrigen Erscheinungen eintreten würden, welche wir bei den Vereinen, Actiengesellschaften u. s. f. antreffen, so daß zwischen modificirten Gesellschaften und Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit wieder unterschieden werden müßte. Bei den Gesellschaften der letzteren Art nemlich treten nicht nur noch ganz andere Wirkungen ein, sondern die angegebenen Modificationen selbst sind bei ihnen nicht von außen herbeigeführt, sondern Folge des eigenthümlichen Grundwesens derselben. — Die vorliegende Frage ist in neuester Zeit besonders in Ansehung der Actiengesellschaften lebhaft besprochen worden und hat hier eine Reihe interessanter Abhandlungen hervorgerufen (Sintenis De societate quaestuaria quae dicitur Actiengesellschaft 1837, Meno Pöhls Das Recht der Actiengesellschaften 1841, Füssel Societates innominatae in quantum sequuntur romani juris de societatibus principia 1842, Treitschke in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd V N. XI, Jolly in derselb. Zeitschr. Bd XI Nr. X insbes. S. 318—343, Reyscher in derselb. Zeitschr. Bd XIII Nr. XI). Die Bemühungen, welche man bisher gemacht hat diese schwierigen und eigenthümlichen Rechtsverhältnisse zu erklären, sieht man aus den interessanten Mittheilungen von Brackenhöft im Rechtslex. Bd V S. 83—86. — Nach gemeinem Recht gehören auch die offenen Handlungsgesellschaften zu den Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit (vgl. Brinckmann Handelsr. §. 86, Walter Deutsches Privatr. §§. 288. 290); das österr. Gesetzbuch scheint jedoch unter dem Einfluß romanisirender Anschauungen stehend darin bloß eine römische societas quaestuaria mit solidarischer Verbindlichkeit der Gesellschafter zu sehen (§. 1208 vgl. Brinckmann S. 125). — Das Nähere über die Gesellschaften mit formeller Einheit gehört in den besondern Theil; hier ist ihrer nur in so weit zu erwähnen als es nöthig ist, um die Grenze des Begriffs der juristischen Person mit Bestimmtheit ziehen zu können.

13) Vgl. Savigny Obligat. R. II S. 113 Note f.

gänzlich verſchiedenes ſelbſtändiges Rechtsſubject iſt; alle gegenwärtigen und künftigen Mitglieder bilden nur das Subſtrat, die Unterlage der juriſtiſchen Perſon, dieſe iſt die materielle Einheit derſelben. Bei der Geſellſchaft mit collectiver Perſoneneinheit iſt kein von den ſämmtlichen Mitgliedern verſchiedenes ſie verdrängendes Rechtsſubject vorhanden, welches von ihnen nur vertreten, durch ſie bloß repräſentirt würde; ſondern es iſt die Geſammtheit der jeweiligen Mitglieder, welche formell als Einheit erſcheint und formell ſo behandelt wird als wäre ſie ein beſonderes ſelbſtändiges Rechtsſubject, was ſie aber in der That nicht iſt[14]. Bei der Geſellſchaft mit collectiver Einheit erſcheint daher zunächſt und formell als berechtigt und verpflichtet die Geſammtheit der jeweiligen Mitglieder; materiell berechtigt und verpflichtet aber ſind die jeweiligen Mitglieder, welche jene Geſammtheit ausmachen und daher nicht bloß das Subſtrat, ſondern die ſtets wirkenden Factoren dieſer eigenthümlichen Rechtserſcheinung bilden. Daraus daß die Corporation die materielle, die Geſellſchaft mit collectiver Perſoneneinheit die formelle Einheit der Mitglieder iſt, ergibt ſich theils der weſentliche Unterſchied der Corporation von dieſen Geſellſchaften theils die Ähnlichkeit derſelben. Bei der Corporation bilden die einzelnen Mitglieder nur das Subſtrat, die Unterlage des wirklich vorhandenen künſtlichen Rechtsſubjects: bei den in Rede ſtehenden Geſellſchaften ſind es die jeweiligen Mitglieder, welche das formell exiſtirende ſelbſtändige Rechtsſubject hervorbringen, ſie ſind die Factoren, welche dieſes Product erzeugen und die Eigenthümlichkeit dieſes Verhältniſſes liegt eben darin, daß in manchen Fällen das Product, alſo das formell exiſtirende und ſelbſtändige Rechtsſubject, in manchen Fällen dagegen die Factoren, alſo die materiell berechtigten und verpflichteten Mitglieder in den Vordergrund treten. Bei der Corporation iſt das berechtigte Vermögensſubject ein von den einzelnen Mitgliedern gänzlich verſchiedenes ſie verdrängendes Subject; die einzelnes Mitglieder verhalten ſich zu dem Corporationsvermögen wie fremde Dritte; hört die Corporation auf, ſo fällt ihr Vermögen als bonum vacans an den Staat; wird es vor der

14) Vgl. insbeſ. Jolly in der Note 12 angef. Abhandl. §. 1—4, Brinckmann Handelsrecht §§. 36. 59.

Auflösung an die Corporationsglieder vertheilt, so liegt hierin ein vollständiger Eigenthumswechsel. Bei der Gesellschaft mit collectiver Personeneinheit erscheint zwar formell und zunächst als Vermögenssubject die Gesammtheit als Einheit; allein materiell und in der That sind die jeweiligen Mitglieder die Vermögenssubjecte, sie stehen dem Vermögen der Gesammtheit nicht als fremde Dritte gegenüber; wird die Gesellschaft aufgelöst, so fällt ihr Vermögen ipso jure an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder und die Vertheilung des Vermögens an die Gesellschafter ist nicht ein Eigenthumswechsel, sondern nur die Realisirung ideeller Berechtigungen[15]. Bei der Corporation bildet selbst der übereinstimmende Wille aller Mitglieder den Willen der juristischen Person nicht, die Mitglieder selbst in ihrer Totalität sind nur die Vertreter und Repräsentanten der juristischen Person und es bedarf einer besondern Fiction, um den Beschluß der Repräsentanten als einen Beschluß der juristischen Person selbst anzusehen. Bei der Gesellschaft mit formeller Einheit dagegen ist der Wille sämmtlicher Mitglieder oder des sie vertretenden Ausschusses (der Collectivwille) als der Wille der Gesammtheit auch der Wille des formell existirenden besondern Rechtssubjects; die jeweiligen Mitglieder repräsentiren nicht bloß ein ihnen fremdes Rechtssubject, sondern bringen durch ihr Zusammenwirken in jedem Moment die volle Einheit von Neuem hervor. Die Corporation bedarf zu ihrem Entstehen in vielen Fällen einer besondern Concession einer Creirung ihrer juristischen Persönlichkeit durch die Staatsgewalt: in Ansehung der fraglichen Gesellschaften besteht dagegen durchgreifend ein allgemeiner Rechtssatz[16], dem zufolge jeder sich bildenden

15) Solange die Gesellschaft vorhanden ist, treten die Rechte der einzelnen Mitglieder nicht materiell und specialisirt hervor; sie erscheinen wie Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen (Brinckmann S. 127. 128, vgl. auch Mittermaier Grundsätze II §. 558 Nr. VII), als Quoten an dem Gesellschaftsvermögen (vgl. Savigny Oblig. R. II S. 113. 114, Brinckmann §. 59 Nr. IV). Erst mit der Auflösung der Gesellschaft treten die Rechte der Mitglieder in den Vordergrund, gleich Factoren bei der Auflösung des Products in seine Elemente. Die fraglichen Ansprüche und Quoten stehen den einzelnen Mitgliedern nur in dieser Qualität als Factoren des Products zu, mit dem Austritt eines Mitglieds oder seinem Tod geht sein Anspruch unter.

16) Beseler (Volksrecht S. 178 System I S. 353 fg.) irrt, wenn er die Entstehung der s. g. Genossenschaften lediglich in den Willen der zusammentretenden Mitglieder stellt; ohne einen Rechtssatz, der diesen Willen anerkennt, ist er juristisch

Geſellſchaft und Vereinigung dieſer Art der Charakter formeller Einheit und ſcheinbar ſelbſtändiger Rechtsſubjectivität zuerkannt wird[17]. — Die Ähnlichkeit zwiſchen der Corporation und der Geſellſchaft mit collectiver Perſoneneinheit beſteht darin, daß in beiden Fällen ein von den einzelnen Mitgliedern verſchiedenes gegen den Wechſel derſelben indifferentes Rechtsſubject in die Verkehrsverhältniſſe tritt, nur iſt die Exiſtenz dieſer ſelbſtändigen beſondern Rechtsſubjectivität in dem einen Fall eine wirkliche materielle, in dem andern eine bloß ſcheinbare formelle. Wie bei der Corporation ſo erſcheinen bei den in Rede ſtehenden Geſellſchaften als Eigenthümer der beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht die einzelnen Mitglieder, ſondern zunächſt und formell die von den einzelnen Mitgliedern verſchiedene Geſammtheit als Einheit[18]. In den obligatoriſchen Verhältniſſen ſteht zunächſt auch bei dieſen Geſellſchaften und Vereinen die Einheit der Mitglieder, nicht die einzelnen Geſellſchafter[19]; daher kann wie bei der Corporation der Schuldner der Geſellſchaft an die einzelnen

---

wirkungslos (vgl. Gerber Syſtem §. 49 Note 5). Beſeler und ihm folgend Bluntſchli Privatr. I §. 84 verwechſeln das Thatſächliche mit dem Juriſtiſchen, die Exiſtenz des Vereins mit der Anerkennung deſſelben als einer formellen Einheit.

17) Ganz verſchieden hiervon iſt die polizeiliche Conceſſion, welche zur erlaubten Bildung dieſer Geſellſchaften erforderlich ſein mag und unter Umſtänden ſelbſt von dem Monarchen ertheilt wird (vgl. §§. 1. 2. 4. 6 des Vereinsgeſetzes vom 26. Nov. 1852). In ähnlicher Weiſe kann zur Auflöſung des Vereins höhere Genehmigung erforderlich ſein (§. 23 des angef. Geſetzes).

18) Daraus erklärt es ſich daß in die öffentlichen Bücher nicht die einzelnen Mitglieder eingetragen werden, ſondern die Geſellſchaft oder der Verein unter dem Namen den ſie führen, vgl. Schüler in d. angef. Abhandl. S. 250. 251. Daraus daß die Geſammtheit formell als das berechtigte Subject erſcheint erklärt es ſich ferner, wie es kommen kann daß Juden in Öſterreich an Actiengeſellſchaften, in deren Vermögen ſich Immobilien befinden, participiren können. Daher kann ferner das einzelne Mitglied am Eigenthum der Geſellſchaft eine Servitut haben und umgekehrt (Jolly S. 326) und es kann zwiſchen dem einzelnen Mitgliede und der Geſellſchaft eine actio finium regundorum ſtattfinden. — Wie ſehr ſich aber auch andererſeits wieder das Bewußtſein kundgibt, daß materiell und ſchließlich dennoch alles Eigenthum der Geſellſchaft den einzelnen Mitgliedern, nicht einem ihnen fremden ſie verdrängenden Rechtsſubject zuſtehe, darüber ſ. die Belege bei Jolly S. 323.

19) Subſidiär können aber die einzelnen Mitglieder allerdings mit ihrem ganzen Vermögen für die Schuld der Geſellſchaft haften; ſo iſt dieß z. B. bei manchen Actiengeſellſchaften der Fall (Pöhls a. a. O. S. 30) und ebenſo bei offenen Handlungsgeſellſchaften (Brinckmann §. 38 Nr. VIII), dafern dieſe überhaupt als Geſellſchaften mit collectiver Perſoneneinheit angeſehen werden vgl. Note 12 a. E.

Glieder weder die ganze Schuld noch Quoten derselben mit der Wirkung zahlen, daß er nunmehr von seiner Schuld ganz oder zum Theil liberirt würde; es kann ebensowenig umgekehrt der Gläubiger der Gesellschaft zunächst die einzelnen Mitglieder belangen, noch kann gegenseitig mit Forderungen einzelner Gesellschafter oder an einzelne Gesellschafter compensirt werden[20]. Wie die Corporation so hat die Gesellschaft mit collectiver Personeneinheit als formelle Einheit ihren Wohnsitz und die persona standi in judicio[21]. Diese Ähnlichkeit hat häufig dazu verleitet auch bei diesen Gesellschaften von juristischer Person zu sprechen[22] und einen Unterschied zwischen römisch-rechtlichen und angeblich deutsch-rechtlichen Corporationen[23] zu statuiren. Beides ist unrichtig und verkehrt, da einerseits auf diese Weise der technische Begriff der juristischen Person und der Corporation ganz

20) Vgl. Schüler in der angef. Abhandlung S. 250—252, Brinckmann Handelsrecht §. 38 Nr. IX.

21) Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852 §. 26, Brinckmann Handelsrecht S. 127 Note 6. Vgl. Brackenhöft Über den Sitz der Einheit des Vereins in Haimerl's Magaz. Bd X Nr. III S. 59—84.

22) So z. B. spricht der angeführte §. 26 der Jurisdict. Norm von juristischen Personen. Hier liegt zugleich ein Hauptgrund, weßhalb man so häufig den Begriff der juristischen Person nicht scharf genug auffaßte und in jeder erlaubten Gesellschaft und in jedem Verein eine juristische Person sehen wollte (vgl. den vorhergeh. §). Aus diesem Grund bewegt sich z. B. Pöhls in dem angeführten Werk häufig in Widersprüchen, indem er z. B. S. 53 sagt: „das Wesen der Actiengesellschaft sei unläugbar das einer Societät, wiewohl einer eigenthümlichen" und S. 55 „die Actiengesellschaft sei jene moralische Person welche" u. s. f. (vgl. S. 173 fg. mit S. 184, S. 200—205 mit S. 255—258 u. a. m.). Auch Schüler in der angeführten Abhandlung will in den modernen Vereinen juristische Personen sehen und ist dadurch genöthigt, theils diesem Begriff vielfach Gewalt anzuthun theils unzweifelhafte Sätze in Abrede zu stellen. Weiske nahm in seinem Aufsatz in Pölitz Neue Jahrbücher für Geschichte und Politik 1842 I S. 244 fg. gleichfalls eine juristische Persönlichkeit der Genossenschaften an (vgl. über diesen Aufsatz Jolly S. 339); in einem spätern in der folgenden Note angeführten Aufsatz unterscheidet er (S. 162 fg.) zwischen juristischer Person und juristischer Einheit und sieht in den Genossenschaften Beispiele der letzteren. Allein juristische Persönlichkeit und juristische Einheit in dem Sinn wie sie Weiske nimmt sind in der That identische Begriffe.

23) So thut es Weiske in seinem Aufsatz: Über Corporationen und Gemeinden im III. Heft seiner Praktischen Untersuchungen auf dem Gebiet des einheimischen Rechts (1847) insbes. S. 113—174, in welchem er sich in Ansehung des römischen Rechts in leeren Subtilitäten ergeht und einen Unterschied zwischen römisch-rechtlichen und deutsch-rechtlichen Corporationen statuirt, wobei der Begriff der Corporation eine Ausdehnung erlangt, welche ihn zu juristischen Zwecken ganz unbrauchbar macht.

verloren geht und andererſeits die Gefahr nahe liegt den wichtigen Unterſchied zwiſchen der Corporation und den Geſellſchaften mit collectiver Perſoneneinheit zu überſehen, welcher ſich außer den oben angegebenen Fällen überdieß auch darin geltend macht, daß die Rechtswohlthaten, welche den Corporationen zuſtehen, durchaus nicht ohne weiteres auch den fraglichen Geſellſchaften zukommen[24] und daß zwar die Corporation nicht aber die Geſellſchaft mit collectiver Perſoneneinheit zum Erben eingeſetzt werden kann[25].

Man pflegt die Corporationen in öffentliche und Privatcorporationen einzutheilen. Die öffentlichen Corporationen ſind jene, welche ein natürliches nothwendiges Daſein in dem Sinne haben, daß ſie ſich überall finden wo es ein entwickeltes religiöſes und Staatsleben gibt. Die Privatcorporationen dagegen haben ein willkürliches Daſein, ſie ſind nicht mit innerer Nothwendigkeit durch die Exiſtenz des Staatslebens hervorgebracht, ſondern ſie verdanken ihr Daſein lediglich dem willkürlichen Entſchluſſe mehrerer zuſammentretender Mitglieder[26]. Solche Privat- (willkürliche) Corporationen können wieder einen Privatzweck oder einen öffentlichen gemeinnützigen Zweck verfolgen. Den umfaſſendſten öffentlichen Zweck verfolgt der Staat. Der Staat iſt die wichtigſte universitas: als Träger vermögensrechtlicher Verhältniſſe, ſomit von der vermögensrechtlichen Seite betrachtet heißt der Staat Fiscus, Aerarium[27]. Es gibt größere

24) Daher ſteht z. B. den Actiengeſellſchaften, Kunſt- und Leſevereinen u. ſ. f. die Begünſtigung in Anſehung der Erſitzungs- und Verjährungszeit, welche §. 1472 und §. 1485 a. b. G. B. den Corporationen einräumt, durchaus nicht zu; auch ſprechen dieſe §§ nur von „erlaubten Körpern" und ſcheinen ſomit ſchon im Ausdruck auf Corporationen und Stiftungen (pium corpus) hinzudeuten.

25) Hier macht es ſich eben geltend, daß bei der Geſellſchaft mit collectiver Perſoneneinheit nicht materiell und wirklich ein beſonderes ſelbſtändiges Rechtsſubject vorhanden iſt, ſondern daß die einzelnen Mitglieder die eigentlich Berechtigten ſind. Ein Legat jedoch kann allerdings einer ſolchen Geſellſchaft ausgeſetzt werden, da dieß materiell als eine Honorirung der einzelnen Mitglieder mit dem Modus das Empfangene zum Geſellſchaftszweck zu verwenden erſcheint; nur darf man ſich hierfür nicht, wie es Pfeifer S. 34 thut, auf l. 20 D. de reb. dub. (34, 5) berufen.

26) Vgl. Savigny II §. 86, Pfeifer §. 19.

27) S. oben §. 17. Die verſchiedenen Behörden, welche das Staatsvermögen verwalten, ſind nur die Organe einer und derſelben juriſtiſchen Perſon (des Fiscus), ihre Caſſen ſind das Eigenthum dieſer einen Perſon (vgl. auch den vorhergehenden § Note 33). Man behandelt jedoch die verſchiedenen Caſſen (stationes) in ſo fern als etwas unter ſich Getrenntes, als der Gläubiger der einen Caſſe ſich gerade an

und kleinere Corporationen, welche mit dem Staate den gleichen öffentlichen Zweck verfolgen: es sind die Glieder des Staates aus welchen der Gesammtorganismus besteht. Hierher gehören die einzelnen Kronländer, die politischen Gemeinden (Stadt- und Landgemeinden), welche insofern sie Vermögen besitzen (ständisches Vermögen, Landesvermögen, Gemeindevermögen) auch in privatrechtlicher Beziehung als juristische Personen erscheinen. Andere Corporationen verfolgen mit dem Staate zwar nicht den gleichen Zweck und sind daher nicht als Glieder des Staates zu betrachten, sie stehen aber mit ihm dennoch in einem engen Zusammenhang. Hierher gehören vor Allem die anerkannten Religions-Gemeinden und zwar sowohl die Kirche im Ganzen und Großen als die einzelnen kirchlichen Gemeinden[28], die geistlichen Gemeinden, ferner die Universitäten, insofern sie noch corporative Natur haben, die Zünfte und Innungen. Andere Corporationen verfolgen frei gewählte Zwecke und zwar bald einen gemeinnützigen bald einen Privatzweck wie z. B. Actiengesellschaften, Eisenbahnen, Dampfschifffahrtsgesellschaften, sociale Vereine u. s. w.[28a].

In Ansehung der Corporation gelten im allgemeinen folgende Grundsätze:

I. Was zunächst die Entstehung der Corporation betrifft, so müssen die beiden bereits früher angegebenen Voraussetzungen eintreffen. Es müssen sich nemlich mehrere Personen[29] behufs der Er-

---

diese halten und als der Schuldner der einen Casse gerade an diese zahlen muß und mit Forderungen, die er an eine andere Casse hat, nicht compensiren kann; l. 4 C. de compens. (4, 31), §. 1444 a. b. G. B.

28) Was speciell die katholische Kirche betrifft, so haben jedoch neuere Untersuchungen (Evelt Die Kirche und ihre Institute auf dem Gebiete des Vermögensrechts 1845, Schulte De rerum ecclesiasticarum domino 1851, vgl. Walter Kirchenr. 10. u. 11. Aufl. §. 251) zu dem Resultat geführt, daß das Eigenthum am Kirchengut nicht der Pfarrgemeinde als einer Corporation zustehe, sondern daß die mit juristischer Persönlichkeit begabten Kirchen und kirchlichen Institute Subject des Eigenthums seien. In Ansehung der protestantischen Kirche herrscht hierüber Meinungsverschiedenheit (vgl. Savigny II §. 88, Eichhorn Kirchenrecht II S. 649 einerseits, Richter Kirchenr. §. 287 andererseits).

28 a) Natürlich vorausgesetzt daß solche Vereine ausnahmsweise den Charakter der juristischen Persönlichkeit erlangt haben.

29) In den römischen Rechtsquellen findet sich der Satz, daß zur Bildung eines Collegiums anfangs wenigstens drei Mitglieder vorhanden sein sollen (l. 85 D. de V. S. Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequen-

reichung eines beſtimmten Zwecks zu einer Geſammtheit vereinigt haben[30] und es muß eine Rechtsvorſchrift vorhanden ſein, welche dieſe Vereinigung als eine Corporation anerkennt[31]. Dieſe Rechtsvorſchrift kann ein allgemeiner Rechtsſatz oder eine constitutio singularis, eine ſpecielle Conceſſion ſein, welche dem individuellen Verein alſo nur für den concreten Fall die juriſtiſche Perſönlichkeit ertheilt. Ein allgemeiner Rechtsſatz beſteht unzweifelhaft für alle öffentlichen Corporationen, alſo in Anſehung des Staats, aller politiſchen, geiſtlichen und kirchlichen Gemeinden anerkannter Confeſſionen, in Anſehung der Univerſitäten, Zünfte und Innungen[32]. Wo immer alſo z. B. eine neue politiſche Gemeinde entſteht oder eine Zunft ſich bildet, da iſt ohne weiteres mit der Exiſtenz des Vereins von ſelbſt auch deſſen juriſtiſche Perſönlichkeit vorhanden. Alle andern Vereine bedürfen einer ſpeciellen Conceſſion von Seiten der Staatsgewalt, um die juriſtiſche Perſönlichkeit, die Corporationsqualität zu erhalten. Eine ſolche ſpecielle Conceſſion iſt in Öſterreich bisher nicht vorgekommen und kommt nicht vor, da man bisher weder in der Theorie noch in der Legislation zwiſchen den Corporationen und den uneigentlich ſo genannten juriſtiſchen Perſonen den erforderlichen ſcharfen Unterſchied machte, ſondern ſich an den Satz des §. 26 a. b. G. B. hielt, daß jede erlaubte Geſellſchaft eine moraliſche Perſon ſei. Daher ſind denn auch die Conceſſionen welche Vereinen ertheilt

---

dum est). Allein es iſt wohl richtiger, dieſer Beſtimmung bloß eine Beziehung auf den Begriff eines verbotenen Vereins (collegium illicitum) zu geben vgl. Pfeifer S. 28.

30) Die Frage, was zur rechtlichen Exiſtenz des Subſtrats der juriſtiſchen Perſon gehöre z. B. zur rechtlichen Exiſtenz einer politiſchen Gemeinde, einer Zunft u. ſ. f. iſt eine Frage des öffentlichen Rechts; vgl. Puchta Pandekt. §. 28 Note m.

31) Vgl. hierüber Savigny II S. 275 fg., Puchta R. L. III S. 67. 68, Kritiſche Jahrb. S. 705—742, Sintenis §. 45 Nr. 11. Dieſer Satz wird mit Unrecht (vgl. Note 16) von Beſeler Syſtem I S. 353 fg., Bluntſchli Privatrecht I §. 84 und ebenſo von Schüler in der angef. Abhandl. §. 8 S. 252 fg. beſtritten; ſ. dagegen auch Walter Deutſches Privatr. §. 84 Note 7.

32) Vgl. Puchta Pandekt. §. 28, Gerber Syſtem §. 49, Walter Deutſches Privatr. §. 84. Dieſe allgemeinen Rechtsſätze ſind theils aus dem römiſchen und canoniſchen Recht herübergenommen theils haben ſie ſich wie in Anſehung der Landgemeinden und Zünfte erſt in Deutſchland auf gewohnheitsrechtlichem Weg gebildet. Dieſe allgemeinen Rechtsſätze ſind zwar in dem bürgerlichen Geſetzbuch nirgends ausdrücklich ausgeſprochen: es kann aber nicht dem geringſten Zweifel unterliegen, daß ſie auch nach öſterr. Recht gelten.

werden lediglich sicherheits- oder handelspolizeilicher Natur; sie machen die Vereine und Gesellschaften bloß zu erlaubten, ertheilen ihnen aber durchaus nicht den Charakter der juristischen Persönlichkeit, die Qualität einer Corporation[33]. Es gibt somit in Österreich nur öffentliche Corporationen.

II. Was den Umfang der Rechtsfähigkeit der Corporationen betrifft[34], so bestimmt der §. 26 a. b. G. B. ganz allgemein, daß er von dem der einzelnen physischen Personen in der Regel nicht abweiche. Wie schon früher bemerkt, bezieht sich die Rechtsfähigkeit der juristischen Person überhaupt nur auf die Sphäre des Vermögensrechts und auch von den einzelnen Vermögensrechten können der juristischen Person als einem ideellen Rechtssubject jene nicht zustehen, welche die natürliche Qualität eines physischen Menschen zur Voraussetzung haben[35]. Hiernach kann einer Corporation Eigenthum zustehen[36]; ebenso Besitz[37], Pfandrecht und das Recht auf Reallasten so wie Real-

---

33) Die Vorschriften, welche das Vereinsgesetz v. 26. Nov. 1852 enthält, beziehen sich lediglich auf die polizeiliche Genehmigung des Vereins, nicht aber auf die Ertheilung der juristischen Persönlichkeit. Wenn Stubenrauch I S. 143 das Gegentheil behauptet, so identificirt er eben dasjenige was scharf geschieden werden muß, nemlich die polizeiliche Concession und die Ertheilung der Corporationsqualität — eine Verwechslung, vor welcher Puchta wiederholt (Pandekt. §. 28 Note p Vorles. I S. 65) gewarnt hat.

34) Vgl. insbes. Savigny II S. 284 fg., Puchta im R. L. III S. 69. 70, Pfeifer S. 98—112.

35) Da die Corporation nicht in Familienverhältnissen stehen kann, so ergibt sich daraus von selbst, daß sie kein Intestaterbrecht haben kann, da dieses zu seiner Voraussetzung ein verwandtschaftliches Verhältniß hat. Dagegen kann allerdings einer Corporation das Recht beigelegt werden gewisse Personen, welche ohne Hinterlassung von Erben sterben, zu beerben, also in dem Fall einzutreten, in welchem sonst der Fiscus eintreten würde (vgl. Savigny II S. 300). Ein solches Recht hatten manche Corporationen nach römischem Recht (vgl. Dirksen Zustand der jurist. Personen nach R. R. Abhandl. Bd II S. 99, Göschen Vorles. I S. 240) und auch nach österr. Rechte fehlt es an solchen Fällen nicht (§. 760 a. b. G. B.), welche aber in neuester Zeit größtentheils beseitigt wurden (Michel Nr. 1122).

36) l. 1 §. 1 D. quod univers. (3, 4) — Quibus autem permissum est corpus habere — proprium est — habere res communes arcam communem. vgl. Savigny II §. 94 Nr. I.

37) l. 1 §. 22 l. 2 D. de adquir. vel amitt. possess. (41, 2) l. 7 §. 3 D. ad exhib. (10, 4). Über die Schwierigkeiten, welche sich der Annahme eines Besitzes bei den juristischen Personen entgegenstellten vgl. Savigny Besitz 6. Ausg. S. 354. 358. 367 System II S. 290 fg. — Vgl. §. 337 a. b. G. B. und mit diesem l. 44 D. de adm. rer. civ. (50, 8).

servituten[38]. Von den Personalservituten kann der Corporation der Ususfructus[39] zustehen und ebenso jene Servituten, welche nur ausnahmsweise als persönliche bestellt werden (s. g. unregelmäßige Servituten) wie z. B. die Weidegerechtigkeit, nicht aber der Usus[40]. Die Corporation kann in Obligationsverhältnissen stehen[41], also sowohl Forderungsrechte haben als mit Schulden belastet sein[42]. Die Corporationen sind erbfähig[43]; sie können sowohl zu Erben eingesetzt[44] als mit Legaten bedacht werden[45]. Delicte können die Corporationen nicht begehen, weder Verletzungen des öffentlichen noch des Privatrechts[46], da einerseits das Delict der gegen die bestehende Rechts-

38) l. 12 D. de servit. (8, 1) vgl. Savigny II S. 290.

39) Dieser hört nach röm. Recht mit dem Ende der juristischen Person selbst (l. 21 D. quib. mod. ususfr. 7, 4), sonst mit dem Ablauf von 100 Jahren auf (l. 56 D. de usufr. 7, 1 l. 8 D. de usufr. leg. 33, 2). Das österr. Recht hat diese zweite Bestimmung nicht aufgenommen (§. 529 a. b. G. B.), sondern läßt den Ususfructus stets so lange dauern als die juristische Person besteht, was sich wohl nicht rechtfertigen lassen dürfte vgl. Cod. civ. a. 619.

40) Vgl. Savigny II S. 290, gegen den sich ohne genügenden Grund Pfeifer S. 99. 100 erklärt. Das Gleiche gilt nach österr. Recht, da der Usus doch immer in dem eigenen persönlichen Gebrauch des Berechtigten besteht §§. 504. 505 a. b. G. B.

41) Vgl. Savigny II §. 92 Nr. IV, Pfeifer §. 38.

42) Die Bestimmung des röm. Rechts (l. 27 D. de R. C. 12, 1 cf. Nov. CXX c. 6), wonach Corporationen aus Darleihen nur in so fern und in so weit verpflichtet werden, als der Gläubiger beweist, daß das Darleihen in ihren Nutzen verwendet wurde — eine Bestimmung, über deren Umfang in subjectiver Beziehung (vgl. Savigny II S. 294, Pfeifer S. 103) so wie über deren eigentliche Bedeutung Streit herrscht (vgl. Sintenis I §. 15 Note 48, Glück XII S. 48 fg. Die Schrift von Kleinschrod Über l. 27 D. de R. C. mit besonderer Beziehung auf Darleihen an Gemeinden nach röm. Recht 1850 hat ihre gebührende Abfertigung in dem literar. Centralbl. 1851 Nr. 35 erhalten) — ist mit Recht ins bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen worden.

43) Savigny II §. 93, Pfeifer §. 39.

44) Im röm. Recht hat sich die Fähigkeit der Corporationen zu Erben eingesetzt zu werden nur langsam entwickelt (vgl. Savigny II S. 304 fg., Mühlenbruch in der Fortsetzung zu Glück's Comment. Bd XXXIX S. 423 fg., Arndts im R. L. III S. 943 fg.) und kommt auch im neuesten röm. Recht nicht allen Corporationen regelmäßig zu (Puchta Pandekt. §. 444, Bangerow II S. 98). Allein in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis ist von jeher die Ansicht herrschend gewesen, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer Corporation gehöre (Mühlenbruch S. 442, Arndts S. 944 und Pandekt. §. 471 Anmerk. 3). Hiermit stimmt das österr. Recht überein.

45) Diese Fähigkeit stand den Corporationen schon nach röm. Recht zu; Savigny II S. 305. 306.

46) Bekanntlich gehört diese Frage unter die bestrittensten. Die im Text aufge-

ordnung gerichtete natürliche Wille ist, welcher der Corporation als einem ideellen Subject fehlt, und andrerseits die Fiction der Persönlichkeit nicht so weit gehen kann, auch einen widerrechtlichen Willen anzunehmen[47]. Die Corporation kann daher auch nicht im juristischen Sinne gestraft werden[48]. Insofern aber die einer Corporation zustehende Obligation durch einen unterlaufenen Dolus oder die Culpa ihrer Vertreter modificirt ist, treffen dieselbe auch die Modificationen der Obligation in welcher sie steht, also in so fern und mittelbar auch der Dolus und die Culpa ihrer Stellvertreter[49].

In diesem Umfange sind die Corporationen im allgemeinen rechtsfähig. Es gibt aber auch manche Corporationen, deren Rechtsfähigkeit beschränkter ist[50], so wie umgekehrt auch manchen oder allen Corporationen gewisse Begünstigungen (jura singularia, beneficia legis) zu Statten kommen[51].

---

gestellte Ansicht wird jetzt ziemlich allgemein getheilt vgl. Savigny II §§. 94. 95, Puchta im R. L. S. 71, Vangerow I §. 55, Pfeifer S. 101—103, Kierulff I S. 135 Note *** (der aber irrigerweise meint die Corporationen seien nur nicht fähig öffentliche Delicte zu begehen wohl aber Privatdelicte). Die früheren Schriftsteller waren häufig der entgegengesetzten Ansicht z. B. Thibaut System 8. Aufl. §. 132, Schweppe I §. 78 (der über die Stelle l. 15 §. 1 D. de dolo 4, 3 quid enim municipes dolo facere possunt in folgender merkwürdiger Weise hinauszukommen sucht: „Wenn es in den Rechtsquellen heißt, daß die municipes nihil dolo facere possunt, so steht das non possunt wohl wie oft für non facile possunt") ebenso Sintenis De delictis et poenis universitatum (1825) vgl. Civilrecht I §. 15 Note 53 z. S. 123 fg.

47) Insofern die Corporation durch die widerrechtlichen Handlungen ihrer Vertreter bereichert wurde, muß sie natürlich den Gewinn (quod ad eos pervenit) herausgeben l. 15 §. 1 D. cit. l. 4 D. de vi (43, 16).

48) Vgl. Savigny II S. 321 fg.

49) z. B. die Vertreter der Corporation verkaufen eine ihr gehörige Sache und verschweigen dolose deren Mängel; vgl. Savigny II S. 317, Pfeifer S. 102.

50) So z. B. sind geistliche Gemeinden durch Amortisationsgesetze beschränkt §. 539 a. b. G. B. (Diese Beschränkung jedoch ist nunmehr durch Art. XXIX des Concordats v. 18. Aug. 1855 aufgehoben.) — Da die Corporation ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes ideelles Rechtssubject ist, so ergibt sich daraus, daß die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, welche in Ansehung der einzelnen Mitglieder stattfinden, für die Corporation nicht gelten. Daher gelten insbesondere für die Judengemeinden die Beschränkungen in Ansehung des Eigenthums an liegenden Gütern nicht, welchen die einzelnen Juden unterworfen sind. Vgl. Pfeifer S. 11 Note 4.

51) Über den Fiscus s. oben §. 17 (Über die Begünstigung römischer Stadtgemeinden s. Puchta im R. L. S. 75, Mühlenbruch I §. 198), vgl. ferner §. 760 a. b. G. B. Alle Corporationen sind in Ansehung der Ersitzungs- und

III. Damit daß die Corporation das ideelle Subject als rechtsfähig anerkannt wird, iſt noch nicht genug gethan. Denn die Rechtsfähigkeit iſt die bloße Möglichkeit in Rechtsverhältniſſen zu ſtehen: um in dieſen wirklich zu ſtehen muß das rechtsfähige Subject handeln. Handeln kann aber nur der natürliche Menſch. Es muß daher zu der Fiction der Rechtsfähigkeit noch eine zweite Fiction hinzutreten, die der Handlungsfähigkeit[52]. Das Recht ſieht in gewiſſen Fällen die Handlungen beſtimmter phyſiſcher Perſonen ſo an, als hätte die juriſtiſche Perſon gehandelt: die juriſtiſche Perſon wird mit der Kraft dieſer Fiction repräſentirt. Dieſe Repräſentation kann eine verſchiedene ſein. Entweder ſind diejenigen Perſonen, welche das jeweilige Subſtrat der juriſtiſchen Perſon bilden, die Vertreter derſelben, oder es ſind andere beſtimmte Perſonen wie Beamte, Vorſteher u. ſ. w., welche die Corporation repräſentiren[53]. Im erſtern Falle kann ſelbſt der übereinſtimmende Wille ſämmtlicher in dieſem Augenblick das Subſtrat der juriſtiſchen Perſon bildenden Perſonen nur kraft jener Fiction als der Wille der ideellen Perſon angeſehen werden, da das ideelle Subject ein von den einzelnen Mitgliedern gänzlich verſchiedenes iſt[54]. — Die Verfaſſung einer Corporation[55] gibt näher an, welche phyſiſche Perſonen die ideelle Perſon zu vertreten haben, auf welche Art dieſe Vertreter ihre Beſchlüſſe zu faſſen und auszuführen haben und inwiefern dieſe Beſchlüſſe etwa einer höhern Genehmigung bedürfen. Die Verfaſſung der verſchiedenen Corporatio-

---

Verjährungsfriſt nach öſterr. Recht begünſtigt §§. 1472. 1485 a. b. G. B. (anders nach röm. Recht vgl. Arndts Pandekt. §. 161 Nr. 1 §. 108 Anmerk. 1).

52) Vgl. Savigny II §. 90, Puchta im R. L. III S. 70, 71. Pandekt. §. 58, Kierulff I S. 138 fg., Beſeler I S. 367 fg. Damit die juriſtiſche Perſon als ein in Rechtsverhältniſſen ſtehendes Subject belangt werden könne, muß ein Wohnſitz derſelben fingirt werden; vgl. Linde Lehrb. des gem. deutſchen Civilproz. §. 88 Note 14, Pfeifer §. 21, vgl. §. 23 fg. der Jurisdict. N. v. 20. Nov. 1852.

53) Außer dieſen primären Repräſentanten kann es auch ſecundäre geben, welche den Beſchluß jener auszuführen haben; ſo z. B. die Direction, welche den Beſchluß der Verſammlung ausführt vgl. Puchta R. L. III S. 71; ſ. auch Bayer Vorträge §. 112.

54) Dieſen Sinn hat es, wenn es in manchen Stellen der römiſchen Rechtsquellen heißt universi consentire non possunt vgl. Note 8.

55) Über die Verfaſſung der Corporationen vgl. Savigny §. 96—100, Pfeifer §§. 35. 36.

nen ist eine sehr verschiedene[56]. Die Darstellung der Verfassung des Fiscus, der Stadt- und Landgemeinden, der Zünfte und Innungen[57], der geistlichen Gemeinden u. s. f. gehört in das öffentliche Recht. Bei den Privatcorporationen, wo solche überhaupt vorkommen, normiren Statuten die Verfassung. Allgemeines läßt sich hierüber daher nur für den Fall geben als es an einer bestimmten Verfassungsnorm sei es überhaupt oder für den fraglichen Fall fehlt. In Fällen dieser Art ist es das Natürlichste, die sämmtlichen willensfähigen Mitglieder der Corporatien als die natürlichen Repräsentanten derselben anzusehen und den durch Stimmenmehrheit gefaßten Beschluß (l. 160 §. 1 D. de R. J.) als Beschluß der Gesammtheit gelten zu lassen. In einigen Fällen genügt jedoch nicht die Stimmenmehrheit, sondern es ist die Stimmeneinhelligkeit erforderlich[58]; nemlich dann, wenn es sich um die Abfassung neuer Statuten, um Besteuerung der einzelnen Mitglieder zu den Zwecken der Corporation, um Veränderungen in der Substanz des Corporationsvermögens und um die Beschlußfassung des Antrags auf Auflösung der Corporation handelt. — In Ansehung der Beschlüsse der Gesammtheit, mag nun für die Fassung derselben eine bestimmte Norm vorhanden sein oder nicht, steht jedoch dem Staate das Recht der Oberaufsicht zu; er kann der Ausführung des gefaßten Beschlusses entgegentreten, wenn dieß im öffentlichen Interesse liegt[59]. Eine solche Oberaufsicht des Staats wird sich insbesondere in Ansehung der Verfügung mit der Substanz des Corporationsvermögens geltend machen, theils im Interesse der Creditoren der juristischen Person theils im Interesse dieser selbst, welche eine über das Leben der zeitweiligen Mitglieder hinausgehende Existenz hat.

---

56) Die Corporationen mit künstlich ausgebildeter Verfassung pflegt man universitates ordinatae, jene mit nothdürftiger Organisation universitates inordinatae zu nennen; vgl. Savigny S. 245, s. jedoch Beseler I S. 368 Note 7.

57) Vgl. hierüber Gerber System §. 50 fg. und s. das Gemeindegesetz v. 17. März 1849.

58) Vgl. Kori Von Gemeinheitsbeschlüssen in seinen und Langenn's Erörterungen praktischer Rechtsfragen Bd II S. 1 fg., Savigny II §. 99, Gerber §. 50 Note 2, Beseler I S. 369 fg. Manche Schriftsteller halten in allen Fällen Majorität der Stimmen für hinreichend, so z. B. Seuffert I S. 70. 71, Kierulff I S. 140, Mühlenbruch I §. 197 u. A.; Manche dagegen fordern stets Stimmeneinhelligkeit z. B. Pfeifer S. 94.

59) Vgl. hierüber insbes. Savigny II §. 100, Puchta Vorles. I S. 111.

IV. Die Corporation löſt ſich auf 1) durch das Hinwegfallen des Subſtrats, ſo wie der phyſiſche Menſch mit der Auflöſung des Körpers zu exiſtiren aufhört. Fallen ſämmtliche Mitglieder hinweg, ſei es durch den Tod oder durch den rechtmäßigen Austritt, ſo hört auch die Corporation, das ideelle Subject zu exiſtiren auf[60]. Die Corporation dauert aber fort ſolange auch nur Ein Mitglied vorhanden iſt[61]. 2) Durch Erreichung des Zwecks oder mit dem Eintritte des fraglichen Zeitpunkts, wenn die Corporation nur zur Erreichung eines beſtimmten Zweckes oder auf eine beſtimmte Zeit errichtet wurde[62]. 3) Durch Entziehung der juriſtiſchen Perſönlichkeit kraft einer constitutio personalis. Die Frage, ob der Staat willkürlich beſtehende Corporationen aufheben könne, iſt eine Frage des öffentlichen Rechts[63]. Wird der allgemeine Rechtsſatz aufgehoben dem zufolge jeder Verein von der beſtimmten Beſchaffenheit juriſtiſche Perſönlichkeit hat, ſo träfe dieſe Maßregel dennoch nicht die ſchon beſtehenden Vereine, dafern jener Beſtimmung nicht ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt wird. 4) Durch den Beſchluß, ſelbſt den einſtimmigen, der jeweiligen Mitglieder kann eine Corporation nicht aufgelöſt werden[64], da die juriſtiſche Perſon etwas über den jewei-

60) A. A. ſind Savigny II S. 280, Böcking I §. 62 Note 7, Puchta im R. L. III S. 77. Pandekt. §. 28 Note s für den Fall, daß der Corporation ein dauernder Zweck von öffentlichem Intereſſe zu Grunde liege, indem in dieſem Fall die Corporation auch nach dem Wegfall ſämmtlicher Mitglieder fortbeſtehen ſoll. Allein dieſe Anſicht, welche der gemeinen Meinung widerſpricht (vgl. z. B. Mühlenbruch I §. 197 Nr. 7, Schweppe und Schilling a. d. a. O., Kierulff S. 143, Arndts Pandekt. §. 45) dürfte ſich nicht rechtfertigen laſſen, vgl. Pfeifer S. 115, Sintenis I §. 15 Note 29.

61) l. 7 §. 2 D. quod cujusc. univers. (3, 4) — Sed si universitas ad unum redit magis admittetur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.

62) Vgl. Pfeifer S. 113. A. A. ohne triftigen Grund iſt Sintenis I §. 15 Note 30.

63) Vgl. Savigny II S. 279, Puchta im R. L. S. 72. Pandekt. §. 28 Note t, Pfeifer S. 116 fg.

64) Dieſe Frage iſt bekanntlich in hohem Grade beſtritten; vgl. Savigny S. 279. 341. 348, Puchta im R. L. III S. 73. Pandekt. §. 28 Note v, Pfeifer §. 38, Sintenis I S. 113. 114, Arndts Pandekt. §. 45 auf der einen Seite (für die im Text aufgeſtellte Anſicht); auf der andern Seite Böcking I §. 63 Note 7, Beſeler I S. 373. 374, Mühlenbruch I §. 197, Kierulff I S. 144, Göſchen I §. 65, Maurenbrecher I §. 160. Die hier verworfene Anſicht ſcheint aus dem Mangel gehöriger Unterſcheidung zwiſchen Geſellſchaften mit collectiver Perſoneneinheit und Corporationen hervorgegangen zu ſein.

ligen Mitgliedern Schwebendes, ein von ihnen ganz unabhängiges ideelles Subject ist[65]. Soll die Corporation zufolge jenes Beschlusses aufgelöst werden, so muß auf Grundlage desselben der bezügliche Antrag an den Staat gestellt werden, in dessen Macht allein es steht die juristische Persönlichkeit aufzuheben.

V. Wenn die Corporation aufgelöst ist, so handelt es sich nunmehr noch um die rechtlichen Schicksale ihres Vermögens. Mit dem Hinwegfallen der juristischen Person des ideellen Subjects ist auch der Mittelpunkt des Vermögens hinweggefallen: die Vermögensbestandtheile haben hiermit ihren Träger verloren. Es bleiben nur zwei Wege übrig: entweder die Vermögensbestandtheile der aufgelösten Corporation aus einander fallen zu lassen, die Güter als herrenlos, die Obligationen als erloschen zu betrachten; oder das Vermögen nach der Analogie der bona vacantia zu behandeln und den Fiscus in den Mittelpunkt desselben eintreten zu lassen[66]. Der letztere Weg ist sicher der richtige, da auf diese Weise zugleich für die dritten Personen vorgesorgt ist, welche mit der juristischen Person in Rechtsverhältnisse getreten sind[67]. — Die Ansicht daß bei der Auflösung der Corporation durch den Staat oder bei der angeblichen Auflösung der Corporation durch den Beschluß der Mitglieder das aufgelöste Corporationsvermögen an die Mitglieder falle[68] ist durch-

---

65) Mittelbar könnte allerdings ein solcher Beschluß die Auflösung zur Folge haben, insofern nemlich alle Mitglieder einstimmig beschließen auszutreten und diesen Beschluß ausführen, indem nunmehr der im Text sub 4 erwähnte Fall eintritt; vgl. Pfeifer S. 89, Puchta im R. L. S. 78. Allein ein solcher Beschluß ist einerseits nur bei Privatcorporationen möglich, andererseits brächte er nicht jene Wirkungen hervor, welche die Vertheidiger der im Text verworfenen Ansicht mit derselben erreichen wollen; vgl. im Text Nr. V.

66) Vgl. insbes. Puchta im R. L. S. 73. 74. Pandekt. §. 28 Note t, Pfeifer S. 105 fg., Arndts Pandekt. §. 46.

67) Über die Behandlung der bona vacantia vgl. vorläufig Puchta Pandekt. §. 564, Arndts Pandekt. §. 608, Wangerow Pandekt. II §. 564.

68) Dieser Ansicht wurde früher in Ansehung der Privatcorporationen aus Mangel der Unterscheidung derselben von den Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit ziemlich allgemein gehuldigt; vgl. Marezoll in Löhr's Magazin IV S. 207 fg., Göschen I §. 65, Mühlenbruch I §. 197, Kierulff I S. 144 fg., Fritz Erläuter. I S. 149. 160. Schweppe I §. 84 (der als Grund angibt, daß bei Privatcorporationen das Vermögen gewöhnlich von den Einzelnen zusammengebracht wird vgl. §. 78) u. A. Für diese Ansicht hat man sich früher häufig auf l. 3 pr. D. de collog. (47, 22) berufen; es wird aber heutzutage von den Romanisten allgemein anerkannt, daß aus dieser Stelle nichts gefolgert werden

aus unhaltbar, da die Mitglieder durch die Auflöſung nicht mehr Rechte erhalten können als ſie früher beſaßen, vor der Auflöſung aber waren ſie eben nicht Subjecte des Corporationsvermögens[69]. Soll daher das Vermögen an die Mitglieder kommen, ſo muß ein hierauf bezüglicher Beſchluß vor der Auflöſung giltig gefaßt worden ſein; gerade aber in Anſehung eines ſolchen Beſchluſſes wird der Staat ſein Oberaufſichtsrecht geltend zu machen haben, theils in ſeinem eigenen Intereſſe[70] theils im Intereſſe der Gläubiger der juriſtiſchen Perſon.

III. Von den Stiftungen.

§. 44. Unter Stiftung im weiteren Sinne verſteht man die Ausſetzung eines Vermögens zur Erreichung eines frommen oder gemeinnützigen Zwecks; unter Stiftung im engern eigentlichen Sinn die Ausſetzung eines Vermögens zu ſolchen Zwecken mit ſelbſtändiger juriſtiſcher Perſönlichkeit. Die juriſtiſche Perſon, welche das Subject dieſes Vermögens iſt, nennt man gleichfalls Stiftung. Man kann nemlich behufs der Verwendung eines Vermögens zu wohlthätigen Zwecken einen doppelten Weg einſchlagen[1]. Entweder man wendet das Vermögen einer phyſiſchen oder ſchon beſtehenden juriſtiſchen Perſon zu z. B. einer Kirche, einer Stadtcommune mit der Auflage (modus) dieſes Vermögen zu dem vorgeſchriebenen Zwecke zu verwenden: in dieſem Falle hat das Vermögen jene phyſiſche oder

---

könne, da ſie von unerlaubten Geſellſchaften ſpricht, welche gar keine Corporationen ſind (vgl. Fritz S. 458, Puchta §. 564 Note h, Savigny S. 257 Note o, Bangerow I §. 56 u. A.). Um ſo auffallender iſt, daß ſich manche Germaniſten zur Unterſtützung jener irrigen Anſicht fortwährend auf dieſe Stelle berufen z. B. Bluntſchli Privatr. I S. 474 Note *, Reyſcher in der Zeitſchrift f. deutſches Recht XIII S. 386 Note 4; auch Beſeler I S. 374 Note 19 ſcheint den eigentlichen Fragepunkt zu verkennen.

69) Vgl. insbeſ. Puchta im R.-L. III S. 74. Dagegen iſt es immerhin möglich, daß die Glieder der aufgelöſten Corporation als Gläubiger einen Anſpruch auf die bona vacantia haben, wie z. B. die Actionäre einer Actiengeſellſchaft welcher Corporationsrechte verliehen wurden; vgl. Puchta §. 564 Note i.

70) Ein unbedingtes Recht auf Theilung des Vermögens haben auch bei Privatcorporationen die Mitglieder durchaus nicht, wie Manche z. B. Seuffert §. 53 a. E. annehmen; vgl. Sintenis I §. 45 Note 34.

1) Vgl. Puchta Vorleſ. I S. 60, Pfeifer Die Lehre von den juriſtiſchen Perſonen S. 122 fg.

juristische Person zum Subject[2]. Oder man wendet das Vermögen keinem schon bestehenden Rechtssubjecte zu, sondern es wird für das Vermögen ein eigenes selbständiges Rechtssubject erst geschaffen, welches nunmehr Mittelpunkt und Träger jenes Vermögens ist: diese selbständige juristische Person, deren Substrat ein Vermögen ist, ist die Stiftung[3]. Bei einer Stiftung sind weder die zu betheiligenden Personen als das Vermögenssubject zu betrachten, noch ist der Zweck als personificirt[4] oder die Person des Stifters als fortlebend[5] zu denken: es ist vielmehr die primitive Schaffung eines Rechtssubjects (der Anstalt) anzunehmen, das nunmehr inmitten des Vermögenskreises steht und die Aufgabe hat mit diesem Vermögen einen bestimmten Zweck zu erreichen. Dieser Zweck war ursprünglich bloß ein frommer d. h. ein mit den Aufgaben der christlichen Kirche im Zusammenhange stehender (pia causa, pium corpus). Heutzutage kann aber zu jedem religiösen milden oder gemeinnützigen Zwecke eine Stiftung errichtet

---

2) l. 1 D. de administr. rer. civ. (50, 8). In diesem Sinn sagt man, Jemand habe eine Stiftung gemacht, wenn er z. B. der Commune Wien eine Summe Geldes vermacht mit der Bestimmung die jährlichen Interessen unter die Armen zu vertheilen.

3) Manche neuere Juristen haben die selbständige Persönlichkeit der Stiftungen in Abrede stellen wollen und sehen dieselben stets als Zuwendung eines Vermögens an eine Corporation und zwar insbesondere an eine kirchliche Gemeinde (bona ecclesiastica) unter Beifügung eines modus an. So z. B. Roßhirt im civilist. Archiv Bd X S. 321 fg., Fritz Erläuter. I S. 153 fg., Wangerow in der älteren Auflage seines Leitfadens I §. 60. Gegen diese Ansicht aber, welche auf einer Verwechslung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage beruht, haben sich alle übrigen Schriftsteller mit Recht erklärt, so Puchta Pandekt. §. 27 Note k u. Vorles. I S. 61, Savigny II S. 268 fg., Mühlenbruch in der Fortf. zu Glück's Comment. XL S. 79—89, Kierulff I S. 148 fg., Sintenis I S. 107 Note 12, Göschen I §. 67, Seuffert I §. 55, Pfeifer S. 125 fg., Arndts Pandekt. §. 46 und nunmehr auch Wangerow in der neuesten Aufl. §. Pandekt. I §. 60 S. 114. 115. Über die praktischen Consequenzen dieser verschiedenen Auffassungen s. Pfeifer a. a. O.

4) So wird es heutzutage ziemlich allgemein genommen z. B. Puchta in den krit. Jahrbüchern S. 707 fg. Vorles. I S. 61, Savigny II S. 244 Note b; s. aber dagegen oben §. 42 Note 5 u. 6 und vgl. Kierulff I S. 146—148, Beseler I S. 351.

5) So stellt z. B. Seuffert Pandekt. §. 50 Note 3 dieses Verhältniß dar: „Die Gütermasse ist personificirt, indem es angesehen wird als lebe in ihr die Person des Stifters fort." Es leuchtet ein, daß diese Vorstellung auch in praktischer Beziehung zu vielen Irrthümern führen muß; so z. B. käme es dann stets auf die Rechtsfähigkeit des Stifters an u. s. f.

werden[6]. Nach dem Umfange[7] in welchem dieſer Zweck erreicht werden ſoll theilt man die Stiftungen in öffentliche und Privatſtiftungen ein[8].

I. Zur Entſtehung der Stiftung iſt auch hier ein Doppeltes erforderlich[9]: 1) Die Exiſtenz des Subſtrats d. h. die Exiſtenz eines Vermögens, welches in rechtsgiltiger Weiſe zur ſelbſtändigen Erreichung eines gemeinnützigen Zweckes beſtimmt iſt; 2) eine Rechtsvorſchrift, welche dieſem Vermögen juriſtiſche Perſönlichkeit beilegt. Dieſe Rechtsvorſchrift iſt nach öſterreichiſchem Recht[10] unzweifelhaft eine allgemeine: eine ſpecielle Ertheilung der juriſtiſchen Perſönlichkeit kommt in Öſterreich nicht vor. Mit dieſer ſpeciellen Creirung der

---

6) Alſo ſowohl Anſtalten der Wohlthätigkeit und zwar ohne Unterſchied der Confeſſion wie Verſorgungsanſtalten für Arme, Kranke, Waiſen, Findlinge, Greiſe, Pilger u. ſ. f. als Unterrichts-, Kunſt-, Bildungsanſtalten u. ſ. f. (vgl. Mühlenbruch I §. 201, Seuffert §. 55 Note 1). Ebenſo kann das Vermögen dazu beſtimmt ſein arme Studirende zu unterſtützen (Stipendien), Künſtler auszubilden, arme Mädchen auszuſtatten u. ſ. f. §. 646 a. b. G. B. In neueſter Zeit gehören auch die Univerſitäten hierher, vgl. §. 25 der Jurisdict. Norm vom 20. Nov. 1852. Vgl. ferner vorhergeh. § Note 28.

7) Von einem anderen Geſichtspunkt geht Pfeifer S. 127 bei der Eintheilung der Stiftungen in öffentliche und Privatſtiftungen aus.

8) Die Familienſtiftungen unterſcheiden ſich von den öffentlichen Stiftungen nur dadurch, daß diejenigen, denen die Stiftung zu gute kommen ſoll, Familienglieder ſein müſſen. Auch bei ihnen alſo iſt ein ideelles Rechtsſubjekt vorhanden; das Subſtrat derſelben iſt aber eine universitas bonorum, nicht eine universitas personarum, wie man irrigerweiſe deßhalb öfters annahm und annimmt (z. B. Schiling Inſtitut. I §. 46 Note l, Walter D. Privatr. I §. 89, a. b. G. B. §. 849), weil man die Familie in ihrer Geſammtheit als eine juriſtiſche Perſon anſieht. — Über den Unterſchied der Familienſtiftung von den Familienfideicommiſſen (§. 646 a. b. G. B.) vgl. Pfeifer S. 129. 130.

9) Vgl. Puchta in den krit. Jahrb. S. 710.

10) Im gemeinen Recht iſt dieſe Frage bekanntlich ſehr beſtritten. Dafür daß zur Erreichung eines anerkannt zuläſſigen Zwecks durch rechtsgiltige Privatbeſtimmung ohne weiteres eine juriſtiſche Perſon geſchaffen werden könne, haben ſich erklärt Puchta Krit. Jahrb. S. 707—712. Vorleſ. I S. 64. 65, Elvers Erörterungen aus der Lehre von der teſtamentariſchen Erbfähigkeit juriſtiſcher Perſonen (1827) S. 157 fg., Northoff Die Giltigkeit der Erbeinſetzung einer zu errichtenden milden Stiftung (1833) S. 98 fg., Kierulff I S. 150 fg., Arndts Pandekt. §. 46, Beſeler I §. 72, Bluntſchli I §. 45; dagegen iſt die überwiegende Anzahl der übrigen gemeinrechtlichen Schriftſteller der Anſicht, daß zur Exiſtenz jeder Stiftung ſpecielle Conceſſion der juriſtiſchen Perſönlichkeit durch die Staatsgewalt erforderlich ſei; vgl. Savigny II S. 276 fg., Sintenis I S. 110 fg. und Note 24, Pfeifer S. 130 fg., Mühlenbruch in der Fortſetz. XL S. 5 fg., Seuffert §. 55, Vangerow I S. 116, Walter I §. 85 u. A.

juristischen Persönlichkeit darf man aber die obrigkeitliche Confirmirung der Stiftung nicht verwechseln[11]: eine solche ist allerdings nach österreichischem Recht nöthig und zwar steht die Entscheidung über die Zulässigkeit einer zu errichtenden Stiftung der administrativen Behörde (bei geistigen Stiftungen einverständlich mit dem Ordinariate) zu[12]. Allein diese Confirmation enthält nur die Gestattung der selbständigen Verwendung des Vermögens zu dem fraglichen Zweck, welcher als verträglich mit den Staatseinrichtungen erkannt worden ist, sie enthält nur einen Ausspruch über die Zulässigkeit des Zwecks: ist diese höhere politische Genehmigung ertheilt, so hat die Stiftung ohne weiteres den Charakter der juristischen Persönlichkeit. Wenn der Stifter bei Lebzeiten die Stiftung errichtet, so wird er selbst sowohl für die Zuweisung des ausgesetzten Vermögens als für die Erwirkung der obrigkeitlichen Genehmigung Sorge tragen. Solange die Obrigkeit die Stiftung nicht confirmirt hat, kann der Stifter noch immer seinen Willen ändern und das fragliche Vermögen wieder zurückziehen[13]; mit der Confirmation der Stiftung von Seite der Obrigkeit besteht jedoch die juristische Person sofort zu Recht und die Staatsbehörde (der Fiscus) wird in der Vertretung derselben von dem Stifter das ausgesetzte Vermögen eintreiben[14]. Wird die Stiftung letztwillig errichtet, so ist zu unterscheiden ob zur Vollführung derselben ein Executor eingesetzt wurde oder nicht[15]. Ist ersteres der Fall, so wird der Executor die erforderlichen Schritte thun und er hat gegen den Erben eine Klage auf Herausgabe des Vermögens[16]. Ist der Executor selbst unthätig, so hat die staatliche Behörde das Klagerecht gegen den Erben[17]. Ist dagegen dem Erben selbst die Ausführung

---

11) Wie dieß z. B. von Stubenrauch I S. 148 geschieht; vgl. dagegen Puchta Vorles. I S. 65.

12) Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841 (Michel Nr. 1064.

13) Vgl. Pfeifer S. 124.

14) In diesem Sinn verordnet das Note 12 angef. Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841 „der Civilrichter hat einzuschreiten, wenn derjenige, welcher als Stifter oder an dessen Statt verpflichtet ist die Stiftung zu bedecken oder die Stiftungsrenten zu verabfolgen, zu der unterlassenen oder gar ausdrücklich verweigerten Erfüllung seiner Verbindlichkeit verhalten werden muß."

15) Vgl. Walter Deutsches Privatr. I §. 86.

16) l. 28 pr. §. 1 C. de episcop. (1, 3).

17) Nov. CXXXI c. 11.

der Stiftung aufgetragen, so muß er die nöthigen Schritte thun und zu diesem Behufe das Vermögen herausgeben. Unterläßt er dieses, so kann allerdings die Stiftung nicht gegen ihn klagen, da diese ja noch gar nicht existirt sondern erst geschaffen werden soll; es wird aber der staatlichen Behörde das Klagrecht gegen die Erben auf Herausgabe des Vermögens zustehen und sie wird nunmehr selbst dafür sorgen, daß die Stiftung zu Stande komme [18].

II. Die Stiftung genießt in der Regel dieselbe Rechtsfähigkeit wie die Corporation. Sie kann daher Eigenthum, Servituten, Forderungen u. s. f. erwerben; insbesondere kann sie auch in Testamenten als Erbe eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht werden [19]. Die im gemeinen Rechte vielbesprochene Frage, ob eine erst noch zu errichtende Stiftung im Testament zum Erben eingesetzt werden könne, wird im Erbrecht besprochen und daselbst in bejahender Weise gelöst werden [20]. Die Stiftungen genießen auch singuläre Begünstigungen [21].

III. Für die Verwaltuug und Verwendung des Stiftungsvermögens bestehen gewöhnlich besondere Vorschriften von Seite des Stifters [22]. In Ermangelung derselben trifft die genehmigende Be-

---

18) l. 28 §. 1. 4. 5 C. de episcop. (1, 3). Ebenso bestimmt das Hofkzldecr. v. 31. Dec. 1820 (Polit. G. S. Bd 48) und das Hofdecr. v. 13. Jänner 1824 (J. G. S. Nr. 1730), daß „Stiftungen in ihrer Einbringung und Einsetzung jedenfalls vom Fiscus zu vertreten seien, während die Art der ferneren Vertretung von dem Umstand abhänge, ob dieselben unter öffentlicher oder Privatvertretung stehen" d. h. eben solange die Stiftung noch nicht geschaffen ist hat der Fiscus die nöthigen Schritte zu thun bis dieselbe zu Recht besteht und ihr eigentlicher Curator bestellt ist, durch welchen sie dann handeln kann.

19) Vgl. Savigny II S. 308. Es bestehen in Österreich besondere politische Vorschriften in Ansehung der Bekanntgebung solcher Erbeinsetzungen und Legate an die höheren politischen Behörden; vgl. §. 84 des Gesetz. v. 9. Aug. 1854.

20) Vgl. hierüber vorläufig Kierulff S. 149 Note * und S. 152, Mühlenbruch Bd XL S. 1 fg. S. 76—79, Arndts im R. L. III S. 945. 946.

21) Über die Begünstigungen der Stiftungen im röm. Recht vgl. Mühlenbruch Lehrb. I §. 201 Nr. 2. 3. — Nach österr. Recht kommt wohl auch den Stiftungen die Begünstigung der §§. 1472. 1485 a. b. G. B. in Ansehung der Ersitzungs- und Verjährungszeit zu; in beiden §§ ist wohl nur von „erlaubten Körpern" die Rede, allein in früherer Zeit bezeichnete man gewöhnlich wenngleich unpassend (vgl. Savigny II S. 244 Note b) alle juristische Personen mit dem Ausdruck Corporation, Körper (pium corpus).

22) Über den Wohnsitz und den Gerichtsstand der Stiftungen vgl. §. 25 der J. N. v. 20. Nov. 1852 und Pfeifer S. 147. — Eine Civilklage findet wegen ungehöriger Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens nicht statt, son-

hörde die erforderlichen Vorkehrungen, wie denn überhaupt in Ansehung der Stiftungen den Staatsbehörden die Oberaufsicht zusteht[23].

IV. Die Stiftung hört auf 1) mit dem Hinwegfall des Vermögens als des Subſtrats; 2) durch die Auflösung von Seite des Staates, wenn der Stiftungszweck hinweggefallen ist oder wenn die Stiftung in Folge veränderter Umstände für das öffentliche Wohl nachtheilig wird. In dieſer Beziehung muß aber vorſichtig zu Werke gegangen und die Stiftung ſo lange als möglich zu dem vom Stifter beſtimmten Zwecke oder wenn dieſer nicht erreichbar iſt auf eine ſeinem Willen nahe kommende Weiſe verwendet werden. Die Entſcheidung hierüber ſteht der adminiſtrativen Behörde zu (Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841). Das Vermögen fällt im Falle der Auflöſung dem Staate als bonum vacans anheim[24], dafern nicht der Stifter für dieſen Fall eine rechtsgiltige Verfügung getroffen hat[25].

---

dern nur eine Beſchwerde an die höhere politiſche Behörde, vgl. Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841. — Bei Familienſtiftungen werden nach öſterr. Recht die Mitglieder der Familie unter den gehörigen Vorausſetzungen als aus der Stiftung unter Privatrechtstitel berechtigt angeſehen und ihnen die Befugniß eingeräumt, ihre Anſprüche auf dem Civilrechtsweg gegen den Stiftungsvertreter geltend zu machen. Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841 a. E. „Alle Streitigkeiten über die Frage, ob Jemanden der Genuß einer Stiftung gebühre oder zu entziehen ſei — ſind dann vom Civilrichter zu entſcheiden wenn ſie auf einem privatrechtlichen Titel beruhen —." Dieſer Anſicht iſt auch Walter §. 89, während Pfeifer S. 137 fg. wohl mit mehr Recht die Anſicht vertheidigt, daß Streitigkeiten über den Genuß von Familienſtipendien nicht zum Reſſort der Civilgerichte, ſondern in jenes der Verwaltungsjuſtiz gehören.

23) Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841. Die Statthalterei iſt die oberſte Stiftungsbehörde, die Bezirksämter u. ſ. f. die untern Stiftungsbehörden; vgl. Verordn. der Miniſt. des Innern, der Juſtiz und der Finanzen v. 19. Juni 1853 (Michel Nr. 1061).

24) Dieß gilt ſelbſt für den Fall, daß die Stiftung eine Familienſtiftung war; der Fond fällt hier nicht etwa dem letzten Familienglied zu.

25) Vgl. Pfeifer §. 48. — Im letzteren Fall hat der Bedachte ein Klagerecht, welches auch im Hofkzldecr. v. 21. Mai 1841 anerkannt iſt.

Dritte Abtheilung.

Von den Sachen.

Eilftes Capitel.

I. Begriff der Sache. — Körperliche und unkörperliche Sachen. — Gegenwärtige und zukünftige Sachen.

§. 45. Sache (res) bedeutet im vulgären Sprachgebrauch jeden Gegenstand der Vorstellung und des Denkens[1]. In diesem Sinn ist Sache gleichbedeutend mit Ding und bezeichnet jeden Gegenstand sowohl der Sinnes- als der Gedankenwelt omne quod est aut cogitatur. Hiernach ist Treue und Edelmuth eine schöne Sache, Hoffart und Misgunst eine verabscheuungswürdige Sache; hiernach entzückt und begeistert man sich für eine Sache, oder verwirft und verspottet sie; hiernach gewinnt oder verliert man seine Sache[2] und fällt überhaupt jeder Begriff[3] unter die Kategorie Sache, daher denn auch jede Handlung (Leistung)[4] und jedes Recht[5]. — In dieser Identificirung

1) Brissonius de verborum significatione s. v. res. Vgl. Böcking I §. 67, Mühlenbruch Lehrb. II §. 242.

2) Hier bedeutet Sache so viel als Rechtsstreit causa. l. 28 D. de V. S. Rei appellatione et causae et jura continentur. l. 3 §. 4 D. de liber. exhib. (43, 30).

3) In diesem Sinne heißt es jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia (§. 1 I. de just. et jur. 1, 1), die Rechtswissenschaft ist die Kenntniß der göttlichen und menschlichen Dinge.

4) So heißt es z. B. in l. 1 §. 2 D de O. et A. (44, 7) — re contrahitur obligatio, im pr. I. de obl. quae ex delict. nasc. (4, 1) — ex re nascuntur i. e. ex ipso maleficio.

5) l. 28 cit.

der Sache mit dem Ding gewährt die Sache für das Rechtsgebiet gar kein Intereſſe. Soll die Sache für die Sphäre des Rechts von Bedeutung werden, ſo muß ihrem Begriff ein techniſches Merkmal beigeſetzt werden, durch welches ſie aus jener vagen Allgemeinheit heraus und in das Gebiet des Rechts hinüber tritt. Dieſes techniſche Merkmal glaubte die ältere Doctrin darin finden zu können, daß ſie die Sache der Perſon in dem Sinn gegenüber ſtellte, daß wie die Perſon das Rechtsſubject ſo die Sache das Rechtsobject bedeute. Man identificirte ſomit Sache und Rechtsobject[6] und verſtand unter Sache „im rechtlichen“ im techniſchen Sinn Alles, was Gegenſtand des rechtlichen Willens der rechtlichen Herrſchaft einer Perſon ſein kann. Manche ältere Schriftſteller pflegten die Sache in dieſem Sinne auch dahin zu definiren, daß ſie jedes Ding bedeute, welches von der Perſon unterſchieden ſei und zum Gebrauch der Menſchen diene[7]. Dieſe Definition iſt in das bürgerliche Geſetzbuch (§. 285) übergegangen, welches hier wie ſo oft nach Art eines naturrechtlichen Compendiums es für nöthig hielt eine Definition aufzuſtellen, welche beſſer der Theorie überlaſſen worden wäre[8]. Überdieß iſt die Definition des bürgerlichen Geſetzbuches, ſelbſt wenn man ſchon überhaupt einen ſo weiten Begriff von Sache aufſtellen will, in welchem dieſelbe

---

6) Vgl. z. B. Hufeland Inſtitut. des geſammten poſitiven Rechts (2. Aufl. 1803) §. 76, Glück II §. 168 S. 456 fg., Wiener Heineccius I S. 156. 157, Thibaut Syſtem §. 167. Auch bei neueren Schriftſtellern findet ſich dieſe Identificirung noch häufig, ſo z. B. bei Schilling Inſtitut. II §. 50, Mühlenbruch II §. 212, Böcking I §§. 67. 82.

7) So definirt Vinnius Commentar. ad Institut. pr. Inst. de rer. divis. die Sachen als quidquid est extra personam et actiones quod homini usui aut commodo esse possit, und Weſtphal Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum und Verjährung (1794) lehrt S. 3: „Alle Dinge auf der Erde, ſofern ſie ein Verhältniß gegen des Menſchen zeitlichen Vortheil haben, ſind diejenigen Sachen, womit ſich die Rechtswiſſenſchaft beſchäftigt.“ Ebenſo ſagt der Codex Maxim. Bavar. civ. II cap. 1 §. 1: „Hab und Gut begreift alle zum menſchlichen Gebrauch dienlichen Dinge.“

8) Mit Recht haben neuere Geſetzbücher und Geſetzentwürfe die Definition der Sache gänzlich der Doctrin überlaſſen, ſo z. B. das Zürcheriſche Geſetzbuch und der heſſiſche Entwurf. Der ſächſiſche Entwurf dagegen hat (§. 62) wieder eine Definition der Sache aufgeſtellt, in welcher er dieſelbe mit Rechtsobject identificirt; vgl. dagegen die treffenden Ausführungen von Wächter Der Entwurf eines bürgerl. Geſetzbuchs für Sachſen S. 177. Das preußiſche Landrecht definirt gleichfalls die Sache als „Alles was der Gegenſtand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit ſein kann“; gegen dieſe Definition ſ. die Bemerkungen Koch's I §. 84.

mit dem Rechtsobject im gewöhnlichen Sinn des Worts (vgl. unten §. 59) identificirt wird, wenig befriedigend, da diese Definition ebenso gut für den Begriff Ding aufgestellt werden könnte, indem doch auch praktische Kenntnisse, Fertigkeiten, körperliche Gewandtheit u. s. w. zum Gebrauche der Menschen dienen[9].

Bei dieser Identificirung des Begriffs Sache mit dem Begriff Rechtsobject wird der letztere Begriff in dem weitern Sinn genommen, in welchem er gleichbedeutend ist mit Gegenstand des Vermögensrechts[10] (vgl. unten §. 59). Die Gegenstände des Vermögensrechts sind entweder der physischen Herrschaft des Menschen unterwerfbare körperliche Stücke der Natur (Objecte des dinglichen Rechts) oder Handlungen und Leistungen der Menschen (Objecte des Obligationenrechts). Erstere nennt man Sachen im engsten eigentlichen Sinn und versteht somit darunter für sich bestehende räumlich begrenzte der Herrschaft des Menschen unterwerfbare Stücke der Natur[11]. Die Sachen im weitern Sinn, wo sie so viel als Rechtsobjecte bedeuten, pflegt man deßhalb in körperliche und unkörperliche einzutheilen[12] und versteht unter ersteren die Sachen im eigentlichen Sinn, unter letzteren die Handlungen insofern sie Object eines Rechtes sind[13]. — Diese Identificirung des

---

9) Ebenso dienen Sonne, Mond und Sterne sicherlich auch zum Gebrauch der Menschen und dennoch sind sie nicht Sachen im juristischen Sinn. Über die fehlerhafte Definition des österreichischen Gesetzbuchs vgl. insbesondere auch Savigny Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung 3. Aufl. 1840 S. 99. — Noch viel vager als das Gesetzbuch drückt sich Stubenrauch I S. 602 über den Begriff der Sache „im rechtlichen Sinn" aus. Nach ihm soll „die Brauchbarkeit zu menschlichen Zwecken hierbei kein wesentliches Merkmal der Sache und vom Gesetzgeber deßhalb in den Begriff der Sache mit aufgenommen worden sein, weil im rechtlichen Verkehr wohl schwerlich von andern Sachen die Rede sein dürfte." Es wäre zu wünschen, daß Stubenrauch einen Fall angegeben hätte, in welchem wenngleich schwerlich so doch möglicherweise eine Sache, die nicht zum Gebrauch der Menschen dient, Gegenstand des Verkehrs und hiermit Sache „im rechtlichen Sinn" sein soll.

10) Personen (Rechtssubjecte) sind daher niemals als Rechtsobjecte, als Sachen zu betrachten (§. 285 a. b. G. B.). Wenn im §. 1 I de reb. incorp. (2, 2) und in l. 1 §. 1 D. de rer. divis. (1, 8) unter den Beispielen der res corporales auch homo genannt wird, so ist darunter der Sclave, also der Mensch der nicht Person ist, zu verstehen; vgl. Schilling II Zusatz zu §. 58 und Fritz Erläuter. I S. 162 Note 399.

11) Vgl. oben §. 24.

12) Vgl. z. B. Bluhme Encyclop. II §. 26, Böcking I §. 82 u. A.

13) In diesem Sinn werden Sachen den Handlungen wie die res den facta

Begriffs Sache mit dem Begriff Rechtsobject, wie sie früher so häufig stattfand und in das österreichische Gesetzbuch übergegangen ist, ist aber durchaus nicht empfehlenswerth. Sie führt leicht zu Verirrungen und Verwirrungen, da man einerseits nur zu leicht geneigt ist das was für eine Classe der Rechtsobjecte gilt auf die andere zu übertragen und da andererseits bei jeder einzelnen gesetzlichen Bestimmung erst untersucht werden muß, ob der Ausdruck Sache im weitern oder im engern Sinn genommen wurde, in einem Gesetzbuche aber ein bestimmter technischer Sprachgebrauch nicht streng genug eingehalten werden kann.

In einem andern Sinn wird der Ausdruck res bei der bekannten Eintheilung in res corporales und incorporales gebraucht, welche sich im römischen Recht findet[14]. Der §. 292 des a. b. G. B. hat nach der doctrinären Tendenz der Verfasser desselben[15] die römische Eintheilung wiedergeben wollen und sollen; es muß daher zum richtigen Verständnisse dieses Paragraphen und zur Beurtheilung ob und inwieweit ihm jene Reproduction des römischen Rechts gelungen sei an dieses angeknüpft werden. In jener vielbesprochenen Eintheilung bedeutet res so viel als Bestandtheile des Vermögens (ea quae in patrimonio sunt l. 5 pr. D. de V. S.)[16]. Man pflegt

(vgl. §. 7 l. de verb. oblig. 3, 15) in den §§. 653. 921. 1473. 1475. 1350. 1431 a. b. G. B. entgegengesetzt.

14) Inst. de rebus incorporalibus (2, 2): Quaedam praeterea res corporales sunt quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae sui natura tangi possunt: veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt quae tangi non possunt. Qualia sunt ea quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae —. Gleichlautend Gajus II §. 12—14 und l. 1 §. 1 D. de rer. divis. (1, 8).

15) Auch im Cod. Maxim. Bavar. II §. 9 findet sich diese Eintheilung. Es dürfte nicht unpassend sein Kreitemayer's Bemerkung über die Aufnahme dieser Eintheilung in den Codex mit dessen eigenen Worten wiederzugeben (Anmerkungen II S. 400): „Warum nun — diese Eintheilung in unserm Codice noch beibehalten worden, ist aus keiner andern Ursach geschehen als jener, nach welcher man dem schon angewohnten gemeinen Schul-Schlendrian so viel anders nachzugeben für rathsam befunden hat." Neuere Gesetzbücher und Entwürfe haben daher diese Eintheilung, welche schon im preuß. Landrecht nicht aufgenommen wurde, der Doctrin überlassen, so z. B. das zürcherische Gesetzbuch und der hessische Entwurf (vgl. Motiven S. 1); der sächsische Entwurf dagegen ist auch hier wieder in allen Stücken dem österr. Gesetzbuch gefolgt und hat deßhalb von Wächter Entwurf S. 177 fg. gerechten Tadel erfahren.

16) Vgl. insbes. Fritz Erläuter. I S. 162—167, Wächter II S. 207—210

nemlich das Vermögen, dasjenige was eine bestimmte Person im Vermögen hat oder haben kann [17] in Sachen und Rechte einzutheilen: erstere bilden die körperlichen, letztere die unkörperlichen Bestandtheile des Vermögens. Bei dieser Eintheilung des Vermögens wird zufolge eines allgemein üblichen Sprachgebrauchs das Object der Herrschaft mit der Herrschaft selbst dann und aus dem Grunde verwechselt, wenn und weil die Herrschaft über die Sache in solcher Totalität besteht, daß mit der Benennung der unserer Herrschaft gänzlich unterworfenen Sache zugleich die bestimmte Vorstellung jener totalen Herrschaft über dieselbe hervorgerufen wird. Man sagt der A hat in seinem Vermögen sechs Pferde, zwei Uhren u. s. w. Dieses totale Haben einer Sache kann ein physisches oder ein rechtliches sein, so wie die Herrschaft selbst über eine Sache eine physische oder eine rechtliche sein kann: erstere ist der Besitz (Sachbesitz), letztere das Eigenthumsrecht [18]. Die übrigen Bestandtheile des Vermögens werden als Rechte aufgezählt, weil es dann wenn die Herrschaft über eine Sache keine totale ist einer bestimmten Angabe des Rechtes selbst bedarf, um den Umfang und Inhalt der partiellen Herrschaft über die Sache kennen zu lernen, und weil bei den übrigen Vermögensrechten deren unmittelbarer Gegenstand eine Leistung ist ohnehin eine Verwechslung der Sache als des möglicherweise bloß mittelbaren Objectes mit dem Rechte selbst unmöglich ist. Daher pflegt man das Vermögen in der Art anzugeben, daß man die beweglichen und unbeweglichen Sachen selbst benennt, über welche der betreffenden Person die totale rechtliche oder physische Herrschaft zusteht, und dann die übrigen Vermögensrechte der Reihe nach aufzählt. Die Sachen nun welche man als Object der totalen rechtlichen Herrschaft statt des Rechtes selbst nennt, machen die körperlichen Bestandtheile des Vermögens aus, die übrigen Vermögensrechte die unkörperlichen Bestand-

---

Puchta Institut. II S. 515. 516 Pandekt. §. 35 und hierzu Vorles. I S. 72, Bluhme Encyclop. II S. 27; im Wesentlichen stimmt auch Kierulff I S. 309 in der Note * überein.

17) Auf diesem Unterschied der Möglichkeit und Wirklichkeit beruht die Unterscheidung von res und pecunia in l. 5 pr. D. de V. S.

18) Diese Verwechslung des Objects des Rechts mit dem Recht selbst drückt sich darin aus, daß wir mit dem Ausdruck Eigenthum sowohl den Gegenstand des Eigenthumsrechts als dieses selbst bezeichnen; wir sagen, die Sache ist unser Eigenthum und wir haben an der Sache Eigenthum.

theile. Bei der Eintheilung in res corporales und incorporales bedeutet daher res incorporalis so viel als alle Vermögensrechte mit Ausnahme des Eigenthumsrechts und jene Eintheilung ist somit eine Eintheilung der Vermögensbestandtheile in Sachen (res corporales) und in Rechte (res incorporales) [19].

Ein zweifacher Irrthum ist nun bei dieser Eintheilung möglich. Man kann nemlich einmal jene Eintheilung für eine Eintheilung der Sachen selbst halten oder man kann sie als eine Eintheilung aller Vermögensrechte ansehen. Zu dem letztern Irrthum gaben insbesondere einige Stellen des römischen Rechts Veranlassung, in welchen der Ausdruck jus incorporale vorkommt [20]; man theilte nunmehr öfters [21] die Rechte in jura corporalia und incorporalia ein und verstand unter ersteren das Eigenthumsrecht, indem man irriger Weise die materiale Qualität des Rechtsobjects auf das Recht selbst, welches doch immer ein Geistiges Übersinnliches ist [22], übertrug. Der erstere Irrthum war früher sehr verbreitet und ist in das österreichische Gesetzbuch übergegangen. Unvermerkt unterschob man nemlich dem technischen Begriff der Sache die vulgäre unjuristische Bedeutung derselben als Ding und unterschied von diesem falschen Standpunkt

---

19) Bei den Römern machte sich diese Eintheilung der Vermögensbestandtheile in Sachen und Rechte auch in der Formel der in rem actiones geltend, da es bei der Vindication des Eigenthums hieß si paret rem actoris esse, während in den übrigen Fällen von einer vindicatio juris die Rede war. Vatic. fragm. §. 92 sicut corpora vindicanti ita et jus.

20) l. 4 §. 27 D. de usurp. et usucap. (41, 3) — nec possideri intelligitur jus incorporale. l. 3 C. de quadr. praescr. (7, 37). Diese Ausdrücke bedeuten aber nur daß Rechte als etwas Unkörperliches zu betrachten seien; vgl. Schilling Institut. II §. 58 Not. h, Fritz Erläut. I S. 162 Note 402.

21) Dieß geschieht z. B. noch von Buchholtz Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts (1831) Abhandl. I Über die Eintheilung in res corporales und incorporales S. 1—25; ja selbst Böcking I §. 82 Note 1 ist im Grunde derselben Ansicht und auch Büchel nennt in seinen civilrechtlichen Erörterungen zu wiederholtenmalen das Eigenthum ein körperliches Recht. Im gleichen Sinn wird der Ausdruck gebraucht im bekannten tractatus de juribus incorporalibus.

22) §. 2 I. de reb. incorp. (2, 2) — Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. cf. l. 14 pr. D. de servit. (8, 1) l. 2 D. de usufr. (7, 1).

aus die Sachen in körperliche und unkörperliche. Ging man dabei consequent weiter, so mußte man freilich zu auffallenden Divergenzen von den Bestimmungen des römischen Rechts gelangen, welches man nun als in diesem Punkt nicht ganz präcis und logisch durchgebildet ansah. Vor Allem konnte man sich darein nicht finden, daß das römische Recht die res corporales als res quae tangi possunt bezeichnete, glaubte dieses in der früher so beliebten mit dem schmeichelhaften Ausdruck Eleganz bezeichneten Manier als einen Ausfluß der stoischen Philosophie ansehen zu dürfen[23] und hielt sich vom Standpunkt einer durchgebildeteren Philosophie aus für berechtigt, die Definition der körperlichen Sachen dahin zu berichtigen, daß sie alle Dinge umfassen, welche überhaupt in die Sinne, nicht bloß in den Tastsinn fallen[24]. So auch das österreichische Gesetzbuch im §. 292. Allein mit dieser Auffassung geräth man in unvermeidliche Widersprüche. Es gehören nemlich dann auch Handlungen, welche doch Niemand zu den körperlichen Sachen rechnen will zu denselben, da ja auch die Handlungen wie z. B. Musiciren, Amputiren u. s. f. in oft sehr bedenklicher Weise in die Sinne fallen. Zu den unkörperlichen Sachen rechnete man aber nicht bloß die Vermögensrechte außer dem Eigenthumsrecht, sondern auch dieses selbst[25], ja überhaupt alle Rechte (§. 292 a. b. G. B.), da ja jedes Recht etwas Unkörperliches sei[26]. Hiermit war aber jene Verwechslung vollendet. Allerdings ist jedes Recht etwas Unkörperliches, aber nicht eine unkörperliche Sache im technischen Sinne dieses Worts, sondern ein unkörperliches Ding.

---

23) Vgl. Chr. Frid. Ge. Meister De philosophia Romanorum stoica in doctrina de corporibus eorumque partibus in Ejus select. oper. I Nr. 10, Glück II §. 172 S. 510 fg., Westphal in der Note 7 angeführten Schrift S. 4 fg.

24) So sagt Glück II S. 512: „Doch genug von den Begriffen der Alten. Unsere heutigen Juristen lehren daß körperliche Sachen diejenigen sind, welche in die äußeren Sinne fallen und von denen man sich sinnliche Vorstellungen machen kann."

25) Dieser Ansicht sind im Grunde auch Schweppe I §. 86, Schilling II §. 58 und Holzschuher Casuistik I S. 280, indem sie es als eine Eigenthümlichkeit und Singularität des römischen Rechts ansehen, daß das Eigenthum nicht zu den rebus incorporalibus gerechnet werde.

26) So z. B. Westphal S. 5, Buchholtz S. 9 fg. (der sich mit Unrecht für seine Meinung auf Ulpian. Fragm. XIX 11 beruft, da die tutela legitima in der älteren Zeit als ein Vermögensrecht angesehen wurde), Mühlenbruch II §. 220.

War man einmal zufolge dieser Identificirung der Sache mit dem Ding dahin gelangt jedes unkörperliche Ding, jeden Begriff für eine unkörperliche Sache anzusehen[27], so konnte man getrost weiter gehen und erklärte nunmehr Quantitäten und Gattungen (quantitates et genera)[28] so wie auch Sachgesammtheiten (rerum universitates)[29] als unkörperliche Sachen; ja man trieb diese Auffassung auf die Spitze, indem man die Lage eines Hauses, die Aussicht desselben u. s. w. für eine unkörperliche Sache erklärte, wie sich dieses denn insbesondere auch bei unsern österreichischen Schriftstellern häufig findet[30]. — Daß diese Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche, wie sie sich im §. 292 des bürgerlichen Gesetzbuchs findet, eine durchaus unbefriedigende sei leuchtet von selbst ein, da sie für eine juristische Eintheilung der Sachen den Ausdruck Sache selbst im unjuristischen Sinn nimmt. Wie sehr sie aber auch praktisch gefährlich werden und zu erheblichen Irrthümern führen könne, mag der §. 311 des a. b. G. B. bezeugen, in welchem der Ausdruck „alle

27) So z. B. erklärt Westphal a. a. O. S. 5 den Ausdruck quae in jure consistunt im §. 2 Instit. cit. dahin: „Quae in jure consistunt kann heißen, wo es nur ein juristischer Begriff ist oder wo es auf ein Recht hinausläuft" und das westgaliz. Gesetzbuch II §. 12 sagt ausdrücklich: „unkörperliche (Sachen) sind diejenigen, welche nur durch menschliche Begriffe bestehen z. B. das Recht zu jagen, zu fischen und alle anderen Rechte."

28) Diese Ansicht war früher allgemein verbreitet; vgl. z. B. Glück II S. 513 fg. (der mittelst eines früher häufig gebrauchten Kunstgriffs die unkörperlichen Sachen in solche unterscheidet, welche es schon ihrer Natur nach seien, wie ea quae in jure consistunt und in solche, welche zwar ihrer Natur nach körperlich seien, aber doch für unkörperliche Sachen gehalten werden, wie z. B. Quantitäten), der Wiener Heineccius I S. 219 fg., Thibaut System §. 471, Schweppe I §§. 86. 89, ja selbst noch Holzschuher I S. 279 und Mühlenbruch II §. 220; vgl. aber dagegen Buchholtz a. a. O. S. 11 fg., Fritz I S. 163. 164 und insbes. Wächter Handb. II S. 233.

29) Vgl. hierüber weiter unten §. 57.

30) So schon Zeiller II S. 12, dem mit Ausnahme Nippel's II S. 10 (der aber aus ganz andern Gründen abweichender Ansicht ist) alle übrigen Schriftsteller gefolgt sind z. B. Ellinger Handb. ad §. 292, Winiwarter II S. 2, ja selbst noch Stubenrauch I S. 609. Die Harmlosigkeit und Unbefangenheit mit welcher diese Schriftsteller ihre Ansicht vortragen, ist in der That merkwürdig, da die einfache Frage, cui bono diese Bemerkung sei, sie hätte vorsichtiger machen können: oder sind sie etwa der Ansicht, daß unter „allen unkörperlichen Sachen", welche nach §. 311 a. b. G. B. besessen werden können, jeder „menschliche Begriff" zu verstehen sei und daß nach österr. Recht eine gesunde Lage, eine schöne Aussicht Gegenstand des Besitzes und vielleicht auch (§. 1455 a. b. G. B.) Gegenstand der Ersitzung sei?

unkörperlichen Sachen können in Beſitz genommen werden" doch nicht etwa aus §. 292 a. b. G. B. zu erklären ſein wird.

Diejenigen (körperlichen) Sachen, welche in der Körperwelt bereits exiſtiren, heißen exiſtirende, vorhandene, gegenwärtige Sachen (res praesentes); im Gegenſatz hierzu heißen jene Sachen, deren Exiſtenz erſt noch erwartet wird, welche alſo noch nicht in rerum natura ſind, künftige Sachen (res futurae)[31]. Die künftigen Sachen können auf den Fall ihrer Exiſtenz allerdings Gegenſtand von Rechtsgeſchäften ſein; man kann z. B. die Früchte des nächſten Jahres verkaufen, vermachen u. ſ. f.[32]. Allein ein dingliches Recht an künftigen Sachen iſt unmöglich, da das dingliche Recht die (totale oder partielle) Herrſchaft über eine Sache iſt; über dasjenige aber was noch nicht exiſtirt kann weder eine phyſiſche noch eine rechtliche Herrſchaft geübt werden. Daher iſt an künftigen Sachen weder Eigenthum noch Pfandrecht möglich und die Verpfändung künftiger Früchte z. B. der Früchte des nächſten Jahres iſt nur ein Vertrag darüber, daß die exiſtent gewordenen Früchte unter den Pfandnexus fallen ſollen[33]. In einem andern Sinn verſteht man unter künftigen Sachen (res futurae) jene, welche zwar ſchon in rerum natura exiſtiren, aber entweder noch überhaupt keiner rechtlichen Herrſchaft unterworfen ſind oder doch nicht der Herrſchaft jener Perſon, welche an ihnen ein Recht übertragen will[34]. So z. B. ſind Fiſche im Meer zwar ſchon vorhandene Sachen, aber ſie gelten in dem Sinn als res futurae, daß ſie der verkaufende Fiſcher erſt fangen muß (res sperata)[35]. — Auch ſolche Sachen endlich, welche, weil ſie noch keine

---

31) Buchholtz Verſuche Abhandl. V „Über die Eintheilung der Sachen in res futuras et praesentes" S. 62 fg., Schilling Inſtit. II §. 57.

32) l. 73 D. de V. O. l. 34 §. 2 D. de C. E. — futuras res emi posse. l. 8 pr. eod. l. 17 pr. D. de leg. III Etiam ea quae futura sunt legari possunt. l. 24 pr. D. de leg. I § 7 l. de leg. (2, 20) Ea quoque res quae in rerum natura non est si modo futura est recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt —.

33) l. 15 pr. D. de pign. (20, 1) Ea quae nondum sunt futura tamen sunt hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae. l. 11 §. 3 D. qui potior. (20, 4). Nach öſterreichiſchem Recht muß die exiſtent gewordene Sache erſt noch trabirt werden, da an Mobilien nur Fauſtpfand ſtattfindet (§. 451 a. b. G. B.).

34) Vgl. Böcking I S. 248.

35) l. 11 §. 18 D. de E. A. V. — futurum jactum retis a piscatore emimus. §. 1275 a. b. G. B.

Sondereriſtenz führen, nicht ſelbſtändiges Object eines dinglichen Rechts ſein können, nennt man mit Rückſicht auf ihre künftige Selbſtändigkeit res futurae. So z. B. ſind hängende Früchte in Beziehung auf Eigenthum und Pfandrecht res futurae, obgleich ſie ſchon in rerum natura exiſtiren [36].

II. Privatrechtsfähigkeit der Sachen.

§. 46. In der Regel ſind alle Sachen möglicherweiſe Gegenſtand der vermögensrechtlichen Herrſchaft; ſie können ſowohl im Eigenthum ſtehen und Object dinglicher Rechte ſein als den Gegenſtand von Rechtsgeſchäften bilden, deren Tendenz dahin geht dieſe Sachen aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Andern zu bringen. Dieſe doppelte Möglichkeit [1] umfaßt der Ausdruck Verkehr und in dieſem Sinn ſtehen in der Regel alle Sachen im Verkehr (in commercio). Von dieſer Regel gibt es Ausnahmen. Es gibt nemlich manche Sachen, welche der vermögensrechtlichen Herrſchaft

---

36) l. 15 pr. cit. Eine Verpfändung ſtehender Früchte hat alſo keinen andern Sinn als daß die Früchte nach ihrer Trennung im Pfandnexus ſtehen ſollen: an den ſtehenden Früchten ſelbſt iſt während ihrer Verbindung mit der Hauptſache ein beſonderes Pfandrecht unmöglich. Dagegen fehlen unſere Schriftſteller, indem ſie bei Gelegenheit des §. 457 a. b. G. B. (Schlußſatz) ſtets von einem Pfandrecht an den ſtehenden Früchten ſprechen.

1) Verſchieden von dieſer Möglichkeit der Sachen ſich im Vermögen zu befinden (res in commercio, extra commercium) iſt das wirkliche Stehen einer Sache im Vermögen einer beſtimmten Perſon (res in patrimonio, extra patrimonium) pr. I de rer. div. (2, 1) l. 5 D. de V. S., vgl. hierüber insbeſondere Fritz Erläuter. I S. 168, Schilling Inſtitut. II §. 54. Zu den res extra patrimonium gehören die herrenloſen Sachen res nullius im engern Sinn (über den Begriff der res nullius im weitern Sinn vgl. Buchholtz Verſuche Nr. VII S. 70. fg., Schilling II §. 57, Mühlenbruch II §. 249, vgl. auch Glück II 169). Herrenloſe Sachen ſind jene welche ſich zufällig in Niemandens Eigenthum befinden und daher von Jedermann durch Occupation erworben werden können; hierher gehören ſowohl Sachen, welche noch in keiner Perſon Eigenthum ſtanden, als ſolche welche bereits im Eigenthum ſich befanden (res pro derelicto habitae). Das öſterr. Geſetzbuch kennt den Ausdruck herrenlos nicht, ſondern gebraucht den Ausdruck freiſtehend (§§. 287. 381. 382. 387. 481 a. b. G. B. vgl. das Regiſter s. v. herrenlos.) Dieß hängt mit der älteren Anſicht von einem dominium eminens des Staates am geſammten Staatsgebiet zuſammen, kraft deſſen dem Staat an allen Sachen, die ſonſt keinen Eigenthümer haben, ein ſofortiges Eigenthum zuſtehen ſoll; über dieſe ältere publiciſtiſche Theorie, welche auch ins preuß. Landr. II 16 §. 1 fg. und den Cod. civ. a. 539. 713 überging, vgl. Maurenbrecher I §. 189, Renaud I §. 241, Heimbach im R. L. IX S. 471.

entzogen sind, somit außer Verkehr (extra commercium) stehen. Diese Ausnahmen ergeben sich zum Theil von selbst aus natürlichen Ursachen, theils sind sie positiv aus Gründen, welche dem Rechtsgebiet fremd sind, festgesetzt[2].

Ihrer Natur nach stehen jene Sachen außer Verkehr, welche der physischen Herrschaft des Menschen nicht unterwerfbar sind, da die physische Herrschaft die Grundlage der rechtlichen ist. Solche Sachen also, welche wegen ihrer räumlichen Entfernung, wegen ihres Umfangs, wegen der Flüchtigkeit und Beweglichkeit ihres Stoffs u. s. w. von den Menschen nicht dergestalt umspannt und bezwungen werden können, daß sie ihrer physischen Macht nach allen Seiten hin unterworfen würden, sind ihrer Natur nach dem Verkehr absolut entzogen. Hierher gehören z. B. Sonne, Mond und Sterne, der innere Kern der Erde u. s. f. Insbesondere aber pflegt man nach dem Vorgang des römischen Rechts[3] die Luft, das rinnende Wasser (aqua profluens) und das offene Meer hierherzuzählen. Die Luft in ihrer die Weltkugel umspannenden unmeßbaren Ausdehnung kann in ihrer Totalität nicht Gegenstand der physischen Herrschaft der Menschen sein[4]; wohl aber können einzelne Theile in die Gewalt des Einzelnen gebracht werden und daher auch Gegenstände des rechtlichen Verkehrs bilden. Insbesondere ist es die brennbare Luft (Gas), welche in neuerer Zeit vielfach Gegenstand des Verkehrs ist; an ihr

---

2) Diese doppelte Ausnahme wird bestimmt hervorgehoben in l. 34 §. 1 D. de C. E. (18, 1) — res quas natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt.

3) §. 1 I. de rer. div. (2, 1) l. 2 §. 1 D. eod. tit. (1, 9). Vgl. Schilling II §. 55, Mühlenbruch II §. 247.

4) Der in senkrechter Linie über dem Grundstück befindliche Luftraum (welcher von der momentan darin befindlichen Luft wohl zu unterscheiden ist, vgl. Kierulff I S. 342) omne supra id coelum gehört in dem Sinn dem Eigenthümer des Grundstücks, daß Niemand ohne ein besonderes Recht hierzu erworben zu haben einen Theil seines Gebäudes z. B. seinen Erker in diese Luftregion hineinragen lassen darf; l. 22 §. 1 D. quod vi aut clam (43, 24) l. 29 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2) l. 2 i. f. D. de S. P. U. (8, 2). Man pflegt dieß häufig dahin auszudrücken, der Luftraum, die Luftsäule werde als Zubehör des Grundstücks angesehen, so z. B. noch Mühlenbruch u. Schilling a. d. a. O., Heimbach im R. L. IX S. 467 u. ebenso das österr. Gesetzbuch, welches mitten in der Lehre von den Pertinenzen (§. 297) vom Luftraum über dem Grundstück handelt; der Ausdruck Zubehör wird hierbei aber in jenem vulgären unjuristischen Sinn genommen, in welchem er besser ganz vermieden wird, vgl. unten §. 55.

kann, solange sie in bestimmten beherrschbaren Räumen eingeschlossen ist, Eigenthum stattfinden und sie ist nach räumlichen Maßen meßbar vielfach Gegenstand von Rechtsgeschäften[5]. — Das rinnende ab- und zufließende Wasser (die strömende Wasserwelle aqua profluens) ist als solches in seiner flüchtigen Beweglichkeit und in seinem raschen Wechsel nicht Gegenstand der physischen Herrschaft. Wohl kann der Bach, der Fluß, der Strom als solcher, als das Beharrende im Wechsel Gegenstand der physischen und daher auch der rechtlichen Herrschaft sein, aber das abfließende Wasser, die vorüberrauschende Welle steht nicht im Eigenthum desjenigen, in dessen Eigenthum der Bach oder der Fluß steht[6]. Dagegen können auch hier einzelne Theile der physischen Herrschaft unterworfen und somit auch Gegenstand der rechtlichen Herrschaft werden, wie z. B. trinkbares Wasser häufig Gegenstand des Kaufs und Verkaufs ist. — Das offene Meer endlich, welches den Erdball umschließt, ist gleich der Luft unbeherrschbar; wohl aber sind einzelne Theile desselben beherrschbar (mare clausum)[7]. — Luft, Welle und Meer stehen Allen zum Gebrauch und zur Benützung offen (res communes omnium)[8]. Jeder der lebt

---

5) Daher ist an Gas ebenso wie an erwärmter Luft Diebstahl möglich; vgl. Ofenbrüggen Casuistik des Criminalrechts (1854) Nr. 78. 79, Archiv des Criminalr. 1852 S. 539—552, Kraus Inwiefern kann an Gas ein Diebstahl verübt werden? im Archiv des Criminalr. 1853 Ergänzungsheft S. 113—125 (welcher sich überflüssige Scrupeln darüber macht, ob Gas eine körperliche Sache sei, S. 116, 117).

6) Treffend drückt sich Gerber System §. 61 dahin aus, daß kein Privateigenthum am Fluß, sondern nur Eigenthum am Flußbett bei factischer Verhinderung Anderer zur Benützung der Wasserwelle möglich sei.

7) Das Nähere hierüber gehört ins Völkerrecht, vgl. Heffter Das europäische Völkerrecht (2. Aufl. 1848) §. 73 fg. — Das Meerufer (litora maris), welches das römische Recht als res communis omnium ansieht, §. 3 I. de rer. div. (2, 1) wird im heutigen Recht als Staatseigenthum (res publica) angesehen (vgl. auch schon Celsus in l. 3 pr. D. ne quid in loc. publ. 43, 8 u. dazu Puchta Institut. II S. 526), vgl. Kierulff I S. 342. 343, Sintenis I S. 415 Note 26 u. Heimbach im R. L. XI S. 468.

8) Der Grund dieser allgemeinen Benützbarkeit liegt in der Unmöglichkeit der physischen Unterwerfung dieser Sachen in ihrer Totalität. Es ist daher ebenso verkehrt sich dahin auszudrücken, die res communes seien Sachen deren Eigenthum Keinem, deren Nutzungsrecht Allen zustehe (vgl. z. B. Mühlenbruch u. Schilling a. d. a. O.), da von einem Nutzungsrecht im technischen Sinn gar keine Rede sein kann, als die physische Unmöglichkeit mit einem rechtlichen Verbot, die Wirkung mit der Ursache zu verwechseln und die res communes als Sachen zu definiren, welche nicht Privateigenthum werden sollen, weil sie

athmet in uncontrolirten Zügen die Luft ein; der Durstige schöpft die flüchtige Welle aus dem Bach zu einem Labetrunk und in unzähligen Schiffen befährt der Mensch das weite unbezwingbare Meer. Luft, strömende Welle und Meer sind eigentlich gar nicht Sachen im juristischen Sinn zu nennen[9]: sie sind (in ihrer Totalität) dem Menschen ununterwerfbar und gewähren daher als solche gar kein privatrechtliches Interesse. —

Zu den Sachen welche zufolge positiver Bestimmung außer Verkehr stehen, kann man nach heutigem Recht[10] höchstens jene Sachen rechnen, welche dem Privateigenthum völlig und unbedingt entzogen sind[11]. Hierher gehören jene Sachen, welche aus polizeilichen Gründen in keines Privaten Besitz sich befinden können, sondern überall wo sie sich finden vom Staat confiscirt werden[12]; ferner Sachen, die ihrer eigenthümlichen unveränderlichen Natur nach zum öffentlichen Gebrauch bestimmt sind, wozu aber wohl nur die öffentlichen Flüsse[13] gehören. — Diese Sachen stehen außer allem Verkehr. Der Private kann an ihnen weder Besitz (§. 311 a. b. G. B.) noch Eigenthum (§. 356 a. b. G. B.) haben und jedes Rechtsgeschäft, welches dieselben zum Gegenstand hat, ist null und nichtig (§. 878 a. b. G. B.). —

---

zum allgemeinen Gebrauch dienen, wie dieß die ältere Schule that, welche die res communes als Sachen von unerschöpflichem Gebrauch (res inexhausti usus) definirte (vgl. z. B. Zeiller Natürl. Privatr. §. 64) und noch manche neuere Schriftsteller thun (vgl. z. B. Seuffert I §. 57.

9) Diese Sachen gehören zu den res nullius im weitern Sinn; §. 7 I de rer. div. l, 4 D. h. t. l. 54 D. de C. E.

10) Vgl. insbes. Wächter II S. 284. Was Beseler II §. 76 Note 8 dagegen bemerkt ist unbegründet.

11) Hier wird schon der Begriff des commercium verengert, indem diese Sachen allerdings im Eigenthum stehen (nemlich im Eigenthum des Staats), aber vom Eigenthum des Privaten unbedingt ausgeschlossen sind.

12) Vgl. l. 4 §. 1 D. famil. ercisc. (10, 2). Nach österr. Recht gehören nur die ärarischen Monturstücke hierher, indem diese wo sie immer angetroffen werden „ohne alle Rücksicht in Beschlag zu nehmen sind", Hofkzldecr. v. 5. Dec. 1800, Hofkzldecr. v. 29. Aug. 1839 (Michel Nr. 587. 588).

13) Anders verhält es sich schon mit öffentlichen Wegen; so z. B. können Theile von verlegten Staats- und Vicinalstraßen veräußert werden, vgl. Wächter II §. 44 Note 21. (Was aber Wächter in dieser Note weiter ausführt ist wohl nicht richtig, da eine Brücke über welche eine öffentliche Straße führt, Eisenbahnen welche von einer Privatgesellschaft mit der Verbindlichkeit sie dem Publicum offen zu halten gebaut werden, nicht res publicae sondern res privatae publico usui destinatae sind, ähnlich wie die Flußufer l. 5 pr. D. de R. D. 1, 8.)

Der Ausdruck „außer Verkehr" wird aber noch in mancher andern Bedeutung gebraucht und es ist nothwendig sich über diese Bedeutungen vollkommen klar zu werden, weil nach der Verschiedenheit des Sinnes, in welchem dieser Ausdruck zu nehmen ist, auch die rechtlichen Folgen ganz verschiedener Art sind. Man pflegt nemlich 1) auch von jenen Sachen zu sagen, sie seien außer Verkehr, welche zwar im Vermögen stehen können und auch wirklich darin stehen, deren Übergang aber aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Andern ganz gehindert oder doch auf gewisse Arten beschränkt ist[14]. Während also sonst der Ausdruck Verkehr die doppelte Bedeutung hat, daß Sachen weder im Vermögen stehen noch ins Vermögen gebracht werden können, wird hier dieser Ausdruck in der letzteren Beziehung allein genommen und daher von solchen Sachen, über welche Rechtsgeschäfte überhaupt oder gewisse Rechtsgeschäfte nicht geschlossen werden dürfen, gesagt, sie ständen extra commercium. Hierher gehören Sachen deren Veräußerung verboten ist[15]; Sachen, welche nicht Gegenstand entgeltlicher Veräußerung sein dürfen, wie z. B. Kreuzpartikeln und Reliquien[16]; Sachen, deren Ausfuhr verboten ist[17] u. s. w. — 2) Auch von solchen Sachen, welche aus factischen Gründen aus einem Vermögen in das andere nicht überzugehen pflegen, sagt man sie stehen außer Verkehr. Hierher ge-

14) Vgl. Böcking §. 72 §. b, Schilling II §. 51.

15) So wird in l. 1 §. 2 D quae res pign. (20, 3) das praedium litigiosum als eine res cujus commercium non est bezeichnet. — Daher ist zwar die Eigenthumsübertragung (die Veräußerung) in diesen Fällen gehindert, aber das Veräußerungsgeschäft selbst in der Regel zu Recht bestehend, vgl. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht Bd I (1853) §. 4.

16) Nach Hofdecr. v. 25. Nov. 1826 (Michel Nr. 286) sind Kreuzpartikeln und Reliquien kein Gegenstand des Kaufs und Verkaufs: dagegen können sie wohl verschenkt, vererbt und vermacht werden (nur nicht an Akatholiken), es findet an ihnen Besitz und Eigenthum statt und sie können z. B. von dritten Unberechtigten vindicirt werden. Schon hieraus ergibt es sich wie unrichtig es ist, wenn unsere Schriftsteller bei Besprechung des §. 344 oder §. 355 u. 356 a. b. G. B. ohne weiteres diese Sachen anführen, als ob sie absolut extra commercium stünden (vgl. l. 4 C. de relig. 3, 44). — Das Gleiche ist der Fall in Ansehung ausländischer Lotterieloose, deren entgeltliche Veräußerung und Erwerbung untersagt ist und den Verfall des Looses nach sich zieht (Strafges. über Gefällsübertretung v. 11. Juli 1835 §§. 438. 439. 444, Hofkammerdecr. v. 7. Juni 1826, Michel Nr. 584), während eine unentgeltliche Überlassung wohl zulässig ist; z. B. ein Fremder schenkt einem Österreicher ein ausländisches Lotterieloos oder vermacht ihm dasselbe.

17) §. 880 a. b. G. B. cf. C. quae res export. (4, 41).

hören z. B. Güter des Monarchen. Die praktische Bedeutung liegt darin, daß diese Sachen, da die Möglichkeit des Erwerbs für Jedermann gleich fern liegt, den absolut extra commercium stehenden Sachen gleichgestellt werden[18].

Zu den Sachen, welche außer Verkehr stehen, pflegt man häufig auch die res divini juris und die res publicae im engern Sinn zu rechnen. Für das heutige Recht aber geschieht dieß sicher mit Unrecht[19]. Was zunächst die res divini juris anbelangt, so theilt man diese bekanntlich in res sacrae, religiosae et sanctae[20]. Die res sacrae der Römer waren den Diis superis geweihte Sachen; sie standen im Eigenthum der Götter selbst und waren mithin allem menschlichen Verkehr entzogen[21]. In den späteren christlichen Zeiten sah man Gott, Christus und die Heiligen als die Eigenthümer dieser Sachen an; aber schon Justinian gestattete in gewissen Fällen die Verpfändung und Veräußerung der res sacrae[22]. Nach den heutigen Rechtsbegriffen sind die res sacrae d. h. die zum christlichen Gottesdienst unmittelbar bestimmten Sachen Gegenstand des Eigenthums[23];

---

18) Daher ist z. B. das Legat des Lustschlosses Schönbrunn, der Lichtenstein'schen Bildergallerie u. s. f. gleich dem Legat eines liberi hominis völlig wirkungslos und der Erbe hat auch nicht den Werth dieser Sachen zu bezahlen (§. 662 a. b. G. B.) furiosi est talia legata testamento adscribere (l. 39 §. 8 D. de leg. I) — nec aestimatio eorum debet praestari, quoniam commercium eorum — non sit cum distrahi non soleant. — Auch ein Vertrag der über solche Gegenstände geschlossen wird ist völlig nichtig und wirkungslos; vgl. Mommsen I S. 15 Note 20.

19) Vgl. hierüber Glück II §. 164 fg., Höpfner §. 266 fg., Sintenis I §. 40, Heimbach im R. L. IX S. 464—470, Wächter II S. 282—287, Beseler II §. 76.

20) Vgl. Schilling II §. 52—54, Mühlenbruch II §. 244—246, Böcking I §. 69.

21) Ein Privatrecht an ihnen war undenkbar; sie konnten daher weder besessen werden (l. 30 §. 4 D. de acq. vel amitt. poss. 41, 2) noch im Eigenthum stehen und waren somit nicht nur der ordentlichen Ersitzung (l. 9 D. de usurpat. 41, 3), sondern auch der außerordentlichen entzogen (Unterholzner Entwickl. der gesammten Verjährungslehre I §. 54) und jedes Rechtsgeschäft über sie war, selbst wenn es auf den Fall daß diese Sachen Gegenstand des Verkehrs würden geschlossen war, wegen objectiver Unmöglichkeit der Leistung unbedingt ungiltig; vgl. Mommsen I §. 12. 13.

22) §. 8 I. de rer. div. I, 21 C. de ss. Eccles. (1, 2) Nov. VII c. 8 Nov. CXX c. 10.

23) Über die Eintheilung der res sacrae nach katholischem Kirchenrecht in res consecratae et benedictae vgl. Walter Kirchenrecht 11. Aufl. (1854) §. 267.

sie stehen sowohl im Eigenthum der Kirche und der betreffenden kirchlichen Institute[24] als sie auch im Eigenthum von Privaten stehen können, wie z. B. bei Hauscapellen. Nur ist an diesen Sachen, insofern sie im Eigenthum der Kirche stehen, vermöge ihrer ordentlichen Bestimmung der Verkehr erschwert, indem sie nur in gewissen Fällen veräußert werden dürfen: in privatrechtlicher Beziehung aber gilt für sie das Gleiche wie in Ansehung der übrigen kirchlichen Güter (res ecclesiasticae im engern Sinn)[25]. — Die öffentlichen Begräbnißplätze (Kirchhöfe) stehen heutzutage im Eigenthum der Kirche oder der politischen Gemeinde[26]; sie werden nicht selten ganz oder theilweise veräußert[27] und der Umstand, daß an einem Ort ein Todter begraben wurde, hat für das Eigenthum an diesem Ort heutzutage gar keine Bedeutung[28]. — Mit den Vorschriften des römischen Rechts

---

24) In Beziehung auf Benützung der Kirchen sind auch Privatrechte möglich, nemlich das Kirchenstuhlrecht, welches sowohl als Realrecht (s. g. Realstühle) als auch erbliches Recht gewisser Personen und Familien vorkommt; vgl. Richter Kirchenrecht 4. Aufl. §. 302. Ueber die Natur dieses Rechts vgl. Köhler Abhandlung vom Kirchenstuhlrecht (2. Ausg. von Schilling 1830) und Bluntschli Commentar II S. 7.

25) Wenn es in Lehrbüchern des katholischen Kirchenrechts heißt, die res sacrae „stehen nicht im Eigenthum, sondern gehören ausschließlich ihrer Bestimmung an, an ihnen finde ein wirkliches Eigenthum nicht statt" (Walter Kirchenr. 6. Aufl. 1833 §. 269) „es seien die gewöhnlichen Verhältnisse des Eigenthums auf sie nicht anwendbar, sondern sie seien dem gemeinen Verkehr entzogen" (Walter Kirchenr. 13. Aufl. §. 267) „sie stehen außer allem eigentlichen Eigenthumsverband" (Helfert Kirchenr. 4. Aufl. 1848 §. 415), so soll damit wohl nur gesagt seiu es gelte in Ansehung der geheiligten Sachen, dafern sie sich im Eigenthum der Kirche befinden, dasselbe was nach römischem Recht in Ansehung der res sacrae gelte d. h. sie seien aller Ersitzung entzogen und jedes Rechtsgeschäft über sie sei unbedingt ungiltig. Allein schon nach gemeinem Recht (vgl. Unterholzner a. a. O. I S. 174 und Schmid Handb. des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen burgerlichen Rechts I 1847 S. 190 Note 4) und ebenso nach österr. Particularrecht sind die res sacrae der Kirche der (außerordentlichen §. 1472 a. b. G. B.) Ersitzung unterworfen und sind wohl auch unter gewissen Umständen Rechtsgeschäfte über dieselben giltig.

26) Auch an diesen öffentlichen Begräbnißplätzen ist heutzutage der Erwerb eigener Stätten als besonderes Privatrecht und zwar selbst durch Ersitzung (anders nach röm. Recht l. 4 D. de mort. infer. 11, 8) möglich; vgl. Heimbach im R. L. IX S. 467 und Note 45.

27) Vgl.. die betreffenden Vorschriften bei Stubenrauch Handb. der österr. Verwaltungsgesetzkunde Bd II S. 19 fg.

28) Begräbt man also mit Genehmigung der Behörde Jemanden auf seinem Grundstück, so hört dieser Platz deßhalb nicht auf im Privateigenthum und überhaupt im freien Verkehr zu stehen. Über die (heutzutage veräußerlichen) Erbbegräbnißstätten und über Familiengrabstätten vgl. Glück XI §. 767—769, Stryk

über die res sanctae ist auch dieser Begriff völlig antiquirt; der aus dem deutschen Recht[29] stammende Begriff der befriedeten Sachen d. h. von Sachen, über welche ein besonderer Friede gewirkt, ein besonderer Rechtsschutz gelegt ist, welcher sich in der schärferen Bestrafung der Verletzung derselben manifestirt, hat für das Privatrecht gar keine Bedeutung[30]. — Die res publicae im engern Sinn[31] endlich d. h. die im Eigenthum des Staats oder einer politischen Gemeinde stehenden zum öffentlichen Gebrauch der Mitglieder bestimmten Sachen stehen, wie sich aus dem Gesagten von selbst ergibt, im Eigenthum dieser juristischen Personen; sie sind dem Verkehr nicht entzogen und können daher auch in Privateigenthum übergehen, doch werden sie in der Regel selten veräußert[32].

Usus mod. Pandect. lib. XI tit. VII §. 24—27. Sintenis I S. 444, Heimbach im R. L. IX S. 466. 467. — Der Leichnam steht in der Regel in Niemandens Eigenthum; doch kann unter Umständen auch der Leichnam (Skelett) im Privateigenthum stehen und Gegenstand des Verkehrs werden. Wie der Leichnam selbst so stehen auch die Sachen, mit denen er bekleidet ist oder welche ihm ins Grab mitgegeben wurden, in Niemandens Eigenthum: ein Diebstahl ist daher daran nicht möglich und es kann nur öffentlicher Schutz wegen Verletzung und Entweihung stattfinden (§. 278 lit. h des Strafgef.). Wenn das österr. Strafgef. dennoch im Einklang mit manchen älteren und neueren Schriftstellern (z. B. Quistorp Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 373, Tittmann Handb. der Strafrechtswiss. §. 448, Roßhirt Gesch. und System II S. 349) am menschlichen Leichnam und den Sachen, womit er bekleidet ist oder die ihm ins Grab mitgegeben wurden, die Möglichkeit des Diebstahls annimmt (§. 306), so läßt sich dieß nicht rechtfertigen; vgl. Klien Revis. der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls (1806) S. 225—227, Wächter im R. L. III S. 396. 397.

29) Vgl. Mittermaier I §. 142, Maurenbrecher I §. 188, Renaud I §. 238, Beseler II §. 76 Nr. III.

30) Solche Sachen sind nach österr. Recht z. B. Wohnhäuser (Strafgef. I. 83 vgl. L. Bajuvar. X 2 §. 2 Kaiserrecht II 66) res sacrae (Strafgef. §. 175 § lit. a vgl. L. Bajuvar. I 3 §. 3) der Pflug auf dem Feld (Strafg. §. 175 II lit. c vgl. Authent. Agricultor. C. quae res pign. 8, 17, Reuterbestallung v. 1570 §. 69); Eisenbahnen, Telegraphen (Strafg. §. 85 c §. 89; u. s. f.

31) Res publica im eigentlichen Sinn bedeutet alle res quae populi (Romani) sunt (l. 15 D. de V. S.); im weitern Sinn werden auch die einer politischen (Stadt-) Gemeinde gehörigen Sachen zu den res publicae gezählt (l. 15—l. 17 D. de V. S.) ja selbst die res communes omnium (l. 10 D. de R. D.). Diese res publicae (öffentliche Sachen) werden wieder in solche unterschieden, welche allen Mitgliedern zum Gebrauch offen stehen quae in publico usu habentur, res publicae im engern Sinn wie Landstraßen, öffentliche Wege, öffentliche Flüsse u. s. f. und in Sachen, bei denen dieß nicht der Fall ist, patrimonium pecunia populi vel civitatis; vgl. Böcking I §. 74, Schilling II §. 56; vgl. §. 287. 288 a. b. G. B.

32) Nach römischem Recht sind die res publicae in der engern Bedeutung in

Die Eigenschaft der Sachen in oder außer Verkehr zu stehen wurde bisher als eine Qualität der Sachen selbst, der Unterschied der Sachen in res in commercio et extra commercium als ein objectiver aufgefaßt (res quae in commercio sunt vel non). Dieser Ausdruck wird aber öfters auch in subjectiver Beziehung gebraucht[33] um zu bedeuten, daß gewisse Personen in der rechtlichen Fähigkeit gewisse Sachen zu haben oder zu erwerben beschränkt sind. Hierbei werden also Sachen vorausgesetzt, welche objectiv im Verkehr stehen, von deren commercium aber gewisse Personen ausgeschlossen sind (res quarum commercium quis non habet)[34]. Die Folge dieser subjectiven Verkehrsbeschränkung[35] besteht darin, daß diese Personen die betreffenden Sachen nicht in ihrem Vermögen haben können[36]: sie können daher

---

dem Sinn extra commercium, daß sie als absolut unfähig im Privateigenthum zu stehen angesehen werden und daher aller (auch der außerordentlichen) Ersitzung entzogen sind (l. 9 D. de usurp. 41, 3 vgl. Unterholzner I §. 56. 58) und jedes Geschäft über sie unbedingt ungiltig ist (vgl. Mommsen a. a. O.). Nach heutigem Recht jedoch sind diese res publicae der (außerordentlichen §. 1472 a. b. G. B.) Ersitzung unterworfen und es können unter Umständen auch giltige Rechtsgeschäfte über sie geschlossen werden, vgl. Wächter Hdb. II S. 285—287. Das Nähere im besondern Theil.

33) Auf diese doppelte Beziehung weiset der §. 356 a. b. G. B. ausdrücklich hin.

34) Über das commercium im subjectiven Sinn vgl. Ulpian. Fragm. XIX 5, Theophil. III 19 §. 2.

35) Fälle dieser Art sind z. B. die Unfähigkeit der Juden, Türken und Montenegriner Immobilien in Österreich zu besitzen u. s. f. — In manchen Fällen sind gewisse Personen vom Haben und Erwerben gewisser Sachen nicht unbedingt ausgeschlossen; sie bedürfen aber einer besonderen behördlichen Erlaubniß, um diese Sachen haben zu dürfen; fehlt in diesen Fällen die Autorisation, so treten dieselben rechtlichen Folgen ein, wie im Fall unbedingten Mangels der Fähigkeit. Fälle dieser Art betreffen das Recht verbotene Waffen und Munizion (über diesen Begriff s. Pat. v. 24. Oct. 1852 R. G. B. Nr. 223 §. 2. 3) zu erwerben und zu besitzen (§. 8. 11 des angef. Pat.), den Erwerb und Besitz von Gift und anderen gefährlichen Substanzen (Strafg. §. 366), von verbotenen Büchern u. s. f.

36) Verschieden hiervon ist der Fall, wenn gewisse Personen gewisse Sachen zwar im Vermögen haben, sie aber überhaupt oder ohne Regierungsbewilligung nicht detiniren dürfen (vgl. Wächter II §. 44 Note 6 und 25) wie dieß in Ansehung ordinärer Feuergewehre im lomb. venet. Königreich (Hofkzldecr. v. 26. Febr. 1831, Michel Nr. 583), im Fall des Verlustes des Rechts Waffen zu besitzen (§. 41. 42 des Waffenpat., §. 3 der Verordn. der Minist. des Innern, der Justiz und der obersten Polizeibeh. vom 29. Jänner 1853 R. G. B. Nr. 16) u. s. f. stattfindet. In diesem Fall kann die betreffende Person zwar Eigenthümer der betreffenden Sache sein, sie darf dieselbe aber nicht detiniren; so z. B. kann eine Person im lomb. venet. Königreich ein vermachtes oder geschenktes Gewehr

an ſolchen Sachen weder Beſitz noch Eigenthum haben[37] und alle Rechtsgeſchäfte, welche darauf gerichtet ſind dieſe Sachen ins Vermögen dieſer Perſonen zu bringen, ſind nichtig, weil dasjenige was ſie bewirken ſollen nicht bewirkt werden kann[38]. Bei Legaten jedoch gilt nach öſterreichiſchem[39] Recht das Beſondere, daß dem Legatar, dem das commercium der vermachten Sache fehlt, der gemeine Werth derſelben zu entrichten iſt (§. 654 a. b. G. B.).

III. Werth. Geld. Vermögen.

§. 47. Die Sachen haben für das Privatrecht nur in ſo fern Bedeutung als ſie im Verkehr einen Werth haben[1], mag ihnen dieſer nun um ihrer individuellen oder um ihrer generiſchen Eigenſchaften willen beigelegt werden. Der Werth einer Sache richtet ſich nach der Extenſität und Intenſität in welcher ſie Gegenſtand des Begehrs iſt. Der Werth der verſchiedenen Sachen iſt daher ein verſchiedener und der Werth derſelben Sache zu verſchiedenen Zeiten und an verſchiedenen Orten ein verſchiedener. Um den Werth zu beſtimmen kann man in der Art zu Werke gehen, daß man die fragliche Sache mit

---

erwerben, ſie darf es aber nicht zu ſich nehmen, ſondern muß es veräußern oder einem zur Detention Berechtigten übergeben.

37) Dagegen können ſie allerdings dingliche Rechte an der fremden Sache (jura in re aliena) erwerben; ſo z. B. kann ein Jude an Immobilien Servituten und Hypotheken erwerben.

38) Dieſe in den Verhältniſſen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit wird in rechtlicher Beziehung der objectiven Unmöglichkeit gleichgeſtellt §. 2 I. de inut. stipul. (3,19) l. 84 D. de V. O. vgl. Mommſen Beiträge I §. 15. Der Käufer, welcher den mit der Unmöglichkeit der Leiſtung unbekannten Verkäufer zu dem betreffenden Geſchäft verleitet hat, muß natürlich den dadurch entſtandenen Schaden erſetzen: die Frage, worin die zu leiſtende Entſchädigung zu beſtehen habe ſo wie unter welchen übrigen Vorausſetzungen ſie ſtattfinde, wird im Obligationenrecht beſprochen werden, vgl. vorläufig Mommſen I §. 14. 15. — Die in den Verhältniſſen des Promittenten begründete Unmöglichkeit macht das Geſchäft ebenſowenig ungiltig als das Verſprechen einer fremden Sache; l. 84 cit. cf. l. 49 §. 3 D. de leg. II.

39) In Anſehung des römiſchen Rechts iſt dieſe Frage wegen ſcheinbar widerſtreitender Stellen (l. 49 §. 2 D. de leg. II l. 40 l. 44 §. 5 D. de leg. I l. 44 §. 16 D. de leg. III) bekanntlich ſehr beſtritten; vgl. Puchta Vorleſ. II S. 439, Arndts im R. L. VI S. 294 und insbeſ. Bangerow II §. 525 Anm. 4.

1) Vgl. Puchta Pandekt. §. 38 Vorleſ. I S. 82 fg., Böcking I §. 77, Savigny Syſtem I §§. 53.-56.

beliebigen andern im Verkehr befindlichen Sachen in Vergleich bringt z. B. eine Uhr mit einem Pferd. Dieser Maßstab selbst aber ist wieder relativ und reicht nur für den concreten Fall aus. Um den Werth der Sachen zu messen hat das entwickeltere Verkehrsleben der Menschen einen allgemeinen Maßstab aufgestellt[2]. Dieser allgemeine absolute Werthmesser ist das Geld[3], weßhalb denn auch das österreichische Gesetzbuch im §. 304 bestimmt, daß wenn eine Sache vom Gericht zu schätzen ist, dieses in Geld geschehen müsse, da das Geld eben der absolute Maßstab ist und daher für alle Personen gleiche Geltung hat. Man kann daher sagen nur jene Sachen haben für das Privatrecht Bedeutung, welche Geldeswerth haben. Was hier von den Sachen gesagt wird, gilt ebenso in Ansehung der Handlungen und Leistungen insofern sie Gegenstand von Privatrechten sind[4], und jener Satz läßt sich daher allgemein dahin fassen, nur jene Sachen und Handlungen können Rechtsobjecte sein, welche Geldeswerth haben, ein Satz der insbesondere für das Obligationenrecht von der größten Bedeutung ist[5]. Das österreichische Gesetzbuch, welches in dieser ganzen Materie (§. 303 fg.) dem preußischen Landrecht[6] fast wörtlich folgt, spricht im §. 303 von schätzbaren Sachen. In diesem Paragraph wird also zunächst der

---

2) Diesen Entwicklungsgang schildert l. 4 pr. D. de C. E. (18, 1).

3) Über die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks pecunia vgl. Böcking Note 15 und Schilling Institut. II §. 50. Über das Wesen des Geldes siehe insbes. die classischen Untersuchungen von Savigny Obl. R. I §. 40 fg. S. 408 fg., vgl. auch J. G. Hoffmann Die Lehre vom Gelde 1838, Bangerow I §. 58, Schweppe I §. 190 a.

4) l. 9 §. 2 D. de statu lib. (40, 7) — Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt.

5) Der Inhalt der Obligatio muß in der Regel ein vermögensrechtliches Interesse gewähren und das ganze Obligationenrecht ist ein Zweig des Vermögensrechts. Wo es einem Vertrag an einem solchen vermögensrechtlichen Interesse gebricht, da hat er für das Rechtsgebiet in der Regel keine Bedeutung, es ist kein civilrechtlicher Vertrag vorhanden; so kann z. B. der Vertrag daß A den B Abends im Gasthaus erwarten, mit ihm Billard spielen, einen Spaziergang machen, daß der Nachbar nicht Clavier spielen werde u. s. f. nicht als ein juristischer Vertrag betrachtet werden. Schon hieraus geht hervor, daß die Definition des Vertrags, welche unsere Schriftsteller auf Grundlage des §. 861 a. b. G. B. dahin geben daß er „ein angenommenes Versprechen" sei, viel zu weit und in dieser Ausdehnung für das Rechtsgebiet ohne allen Werth sei. Vgl. unten §. 62.

6) Preuß. Landr. I 2 §. 111—119. Das westgaliz. Gesetzb. II §. 22—26 hatte noch seinen eigenen Weg eingeschlagen, der freilich auch nicht viel besser war.

Ausdruck Sache in dem weitern Sinne gebraucht, in dem er mit Rechtsobject identisch ist und daher ausdrücklich bestimmt, daß auch „Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten" schätzbare Sachen seien. Das österreichische Gesetzbuch stellt überdieß im §. 303 den schätzbaren Sachen die unschätzbaren entgegen und versteht darunter jene, welche nicht in Geld veranschlagt werden können. Diese Entgegenstellung ist nicht bloß als eine rein doctrinäre in einem Gesetzbuch ganz am unrechten Platz, sondern sie ist überdieß ganz unpassend. Sie beruht nemlich auf einer unvermerkten Identificirung des Begriffs Sache mit dem Begriff Ding; das Wort Sache wird im zweiten Satze in einem andern Sinn genommen als in welchem es im ersten Satz des in Rede stehenden Paragraphs, wo es mit Rechtsobject gleichbedeutend ist, gebraucht wird. Daß Tugend, Edelmuth, Schönheit[7], Freiheit[8], daß die Wärme der Sonne, der Glanz der Sterne u. s. w. unschätzbare Sachen seien ist eine Bemerkung, welche für den Juristen wohl sehr gleichgiltig ist und nicht erst durch einen Paragraphen veranlaßt zu werden nöthig hatte.

Das Geld ist als allgemeiner absoluter Werthmesser zunächst ein Begriff, nemlich das im Gedanken vorhandene Maß[9] woran die einzelnen Vermögensrechtsobjecte gemessen und wonach sie untereinander in Verhältniß gesetzt werden. Das Geld ist aber nicht bloß dem Begriffe nach vorhanden, es ist auch reell vorhanden und stellt sich materiell dar. Diese materielle Darstellung des Geldes findet in Geldstücken statt[10]. Das Geld ist sonach nicht bloß ideeller allgemeiner

---

7) Solche Beispiele gibt ausdrücklich das westgaliz. Gesetzb. II § 28.

8) Wenn Stubenrauch I S. 625 Note * bemerkt, „beim Schadenersatz werde übrigens sogar auf derlei Güter Rücksicht genommen, insofern sie auf den Betrag des zu leistenden Ersatzes Einfluß üben, wie das Beispiel des Schmerzensgeldes im §. 1325, der Verunstaltung im §. 1326 darthue", so ist diese Bemerkung unrichtig, da durch jene Berücksichtigung Schönheit, gerade Glieder u. s. f. nicht zu schätzbaren Sachen gemacht werden. l. 8 D. si quadr. pauper. (9, 1) — Ex hac lege jam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patremfamilias aut filiumfamilias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus.

9) Daher kommt es öfters vor, daß in Rechnungseinheiten gerechnet wird, welche gar nicht geprägt existiren.

10) l. 42 D. de fidejuss. (46, 1) — aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest —.

Werthmeſſer, ſondern es exiſtirt reell und trägt in dieſer reellen Verwirklichung einen Werth in ſich ſelbſt. Hiermit wird das Geld zum materiellen Räderwerk des menſchlichen Verkehrs, indem es in ſich den Werth aller andern Sachen darſtellt und erſcheint als wahre Erweiterung unſerer Macht, indem man mit Geld alle im Verkehr befindlichen Sachen und Leiſtungen erlangen kann[11]. In ſo fern hat das Geld eine doppelte Function: es iſt allgemeiner Werthmeſſer, indem es zur Schätzung aller Sachen und Leiſtungen dient, und es iſt zugleich allgemeines Tauſchmittel, indem es in ſich die Macht enthält alle Vermögensſtücke zu verſchaffen. Aus der Combination beider Functionen ergibt ſich als dritte die Function des Geldes als allgemeines Zahlungsmittel[12]: die geſchuldete Leiſtung, welche den Inhalt einer Obligatio bildet, wird zu Geld veranſchlagt, findet in einer beſtimmten Geldſumme ihr Äquivalent und wird in Geld abgetragen, wenn ihre ſpecifiſche Realiſirung unmöglich geworden ſein ſollte.

Die Veranſchlagung des Werthes einer Sache in Geld heißt Schätzung (Äſtimation) im weitern Sinn, der Werth ſelbſt Schätzungswerth. Wird der Werth zu dem Behufe ermittelt um die Sache gegen Geld umzuſetzen, ſo heißt dieſer Werth Preis, Schätzungspreis[13]. Die Schätzung kann aber auch zu dem Zwecke geſchehen (Äſtimation im engern eigentlichen Sinn) um die Leiſtung der Sache durch eine Geldleiſtung zu erſetzen, ſei es nun daß die urſprünglich auf Leiſtung der Sache gerichtete Obligation wegen Unmöglichkeit der Leiſtung der Sache in eine Geldſchuld verwandelt

---

11) Vgl. Savigny Obl. R. I S. 405. 406.

12) Vgl. Puchta Vorleſ. I S. 82.

13) Vgl. z. B. § 231. 663 a. b. G. B., §. 323 fg. A. G. O. — Geſchieht die Schätzung zu anderen Zwecken z. B. um das Vermögen auf eine Geldſumme zu reduciren, oder um die auf ein Grundſtück entfallende Steuerquote zu bemeſſen oder um die Sachleiſtung durch eine Geldleiſtung zu erſetzen, ſo kann nicht mehr von Preis, ſondern nur von Werth geſprochen werden. Das öſterr. Geſetzbuch gebraucht daher den Ausdruck Preis in einem zu weiten Umfang, wenn es im §. 304 ganz allgemein ſagt „der beſtimmte Werth einer Sache heißt ihr Preis" und es iſt unrichtig von einem Preis des höhern Intereſſe oder der beſondern Vorliebe zu ſprechen wie es im §. 305 a. b. G. B. geſchieht, da es ſich in allen dieſen Fällen nur um den Werth handelt; ſo z. B. erſetzt derjenige, der eine Sache zerſchlägt nicht den Preis, ſondern den Werth derſelben. Der richtige Gebrauch dieſer Ausdrücke findet ſich in den §§. 378. 662. 1331. 1332 a. b. G. B.

werden muß (vgl. z. B. §. 662 §. 965 §. 979 a. b. G. B.), sei es daß gleich anfänglich die Obligation auf Leistung eines Geldäquivalents gerichtet ist (z. B. §§. 1331. 1332 a. b. G. B.).

Der Werth, welchen die Sache mit Rücksicht auf Zeit und Ort für einen Jeden hat, ist der Sachwerth im eigentlichen Sinn, der gemeine Werth (vera rei aestimatio), als Preis der gemeine ordentliche Preis, der Marktpreis. Es ist dieß der Werth, welchen die Sache im Verkehre hat, der durch Veräußerung derselben erlangt werden kann. Hier geschieht die Bestimmung des Werthes nach einem ganz objectiven Maßstab ohne Rücksicht auf die besondern Vortheile, welche die fragliche Sache einer bestimmten Person gewähren kann. Nach einem subjectiven Maßstab dagegen geschieht die Schätzung wenn man auf die vermögensrechtlichen Vortheile sieht, welche die fragliche Sache einer bestimmten Person gewährt. Hier faßt man die Sache in ihrer Bedeutung für den Complex des Vermögens einer bestimmten Person auf und gelangt zur Ermittlung des speciellen Werthes, welchen die Sache für die bestimmte Person hat. Dieses ist der besondere Werth, im österreichischen Recht (§. 305 a. b. G. B.) außerordentlicher Preis, Preis des höheren Interesse genannt[14]. Vom Standpunkte des österreichischen Gesetzbuchs aus, welches sich auch hierin wieder im Einklang mit der überwiegenden Mehrzahl der älteren Schriftsteller befindet[15], muß auch ein Affectionswerth, das Affectionsinteresse, im §. 305 a. b. G. B. außerordentlicher Preis der besonderen Vorliebe genannt, unterschieden werden[16]. Dieser besteht in der Veranschlagung des Werthes, welchen eine Sache für eine bestimmte Person nicht mit Rücksicht auf deren Vermögen, sondern mit Rücksicht auf ihre individuellen Neigungen hat: es ist nicht eine Schätzung nach

14) Über die Begriffe Sachwerth, gemeiner Werth und besonderer Werth vgl. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht Bd II (1855) S. 16.

15) Vgl. z. B. Glück Comment. IV S. 438 fg. Note 21.

16) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller unterscheiden hiernach interesse commune und singulare und verstehen bald unter dem interesse commune sowohl den gemeinen als den besondern Werth und unter dem interesse singulare den Werth der besonderen Vorliebe, bald theilen sie das id quod interest singulare in das interesse singulare ratione utilitatis (besonderer Werth) und in das interesse singulare ratione affectionis (Affectionswerth) ein, wo dann das interesse commune nur den gemeinen Werth bedeutet (vgl. Mommsen S. 18 Note 6); letztere Unterscheidung haben die Verfasser des a. b. G. B. im §. 305 adoptirt.

dem vermögensrechtlichen Nutzen, welchen die Sache gewährt, sondern eine Schätzung nach der Affection, welche eine bestimmte Person für die Sache hat[17].

Was nun diese Eintheilung des Werthes betrifft, so ist vor Allem die Unterscheidung des Werthes in einen gemeinen und besondern Werth ganz richtig. Man kann nemlich eine Sache nach dem vermögensrechtlichen Nutzen schätzen, welchen sie für Jedermann gewährt, oder man kann bei der Schätzung von der Rücksicht auf das Vermögen einer bestimmten Person geleitet werden z. B. ein Pferd schätzen insofern es zum Viergespann des A gehört, ein Buch insofern es zu einer Bibliothek, ein Werkzeug insofern es einem Handwerker gehört u. s. w.[18]. Die Anwendung aber, welche das österreichische Gesetzbuch von dieser an sich richtigen verschiedenen Werthbestimmung macht, läßt sich durchaus nicht vertheidigen. Das österreichische Gesetzbuch bestimmt nemlich, wie im Obligationenrecht näher gezeigt werden wird, daß dem Verletzten in der Regel nur der gemeine Werth der Sache, der besondere Werth aber nur ausnahmsweise dann zu ersetzen sei, wenn die Zerstörung oder Beschädigung der Sache dolos oder aus grober Fahrläßigkeit (culpa lata) geschehen ist (§§. 1331. 1332 a. b. G. B.). Diese Entscheidung beruht auf der irrigen Verwechslung des Interesse mit dem Sachwerth[19], auf einer Vermischung des civil-

---

17) Es herrscht unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Streit darüber, ob bei fungiblen Sachen ein Affectionsinteresse möglich sei (vgl. Thibaut System §. 486). Insoweit Sachen als vertretbar behandelt werden liegt hierin eine Negation der Berücksichtigung des Individuums und daher kann in diesem Fall von Affectionsinteresse keine Rede sein; kommen die an sich vertretbaren Sachen aber nicht als solche in Betracht, dann steht allerdings der Annahme eines Affectionsinteresses, insofern man überhaupt ein solches anerkennt, nichts im Wege.

18) cf. l. 22 pr. §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2) l. 66 §. 4 D. de leg. II. Der besondere Werth der Sache kann demnach durch Berücksichtigung eines doppelten Verhältnisses der Sache entstehen, des Verhältnisses der Sache zu anderen Sachen des Berechtigten (z. B. ein Pferd aus dem Viergespann) oder des Verhältnisses der Sache zur Person des Berechtigten (z. B. das Werkzeug des Handwerkers, der Hund des Blinden). Es scheint daher die Ausführung von Koch Recht der Forderungen I S. 340 fg. nicht richtig zu sein.

19) Dieser Irrthum hat dahin geführt dem gemeinen Werth als eine Unterart des Interesse anzusehen (vgl. Note 16) und daher den besonderen Werth als den „Preis des höhern Interesse" als „außerordentlichen Preis" (§. 305 a. b. G. B.) zu bezeichnen. Interesse aber und Sachwerth sind ganz verschiedene Begriffe (vgl. Mommsen Beitr. II S. 187 fg. S. 218 fg.), da jedes Interesse

rechtlichen mit dem ſtrafrechtlichen Standpunkt und führt in praxi zu ſehr empfindlichen Verletzungen materieller Intereſſen[20]. — Was den Affectionswerth anbetrifft, ſo enthält die Annahme eines ſolchen, ſo verbreitet ſie früher war und es ſelbſt bis auf unſere Tage immerhin iſt[21], einen Widerſpruch[22]. Denn da das Affectionsintereſſe in dem Werth beſtehen ſoll, welchen eine Sache für die rein perſönlichen Beziehungen eines beſtimmten Individuums hat, ſo liegt darin eben, daß ſich dieſer Werth nicht zu Geld veranſchlagen läßt, weil Neigungen und Affectionen einer pecuniären Veranſchlagung unfähig ſind, indem ſie gerade unter jene unſchätzbare Sachen gehören, von denen

---

ſeinem Begriff nach eine ſubjective Beziehung nemlich eine Beziehung auf das Vermögen des Verletzten enthält.

20) Wenn A dem B eine Sache zerſchlägt, ſo entſteht für den B eine Vermögenseinbuße, ein Vermögensnachtheil, in Anſehung von deſſen Umfang es ganz gleichgiltig iſt, ob A dolo oder culpa levi die Beſchädigung zugefügt hat. Viel richtiger iſt auch hierin wieder das röm. Recht (Mommſen S. 213 fg.; über die ſcheinbar widerſprechende l. 33 pr. D. ad leg. Aquil ſ. Mommſen S. 214 fg.); das preuß. Landrecht enthält ebenſo unrichtige Beſtimmungen wie das öſterr. Geſetzbuch, vgl. hierüber die tüchtigen Ausführungen von Koch Recht der Forderungen I S. 342. 346.

21) Vgl. z. B. Glück IV S. 438 fg., XII S. 422—426, Schömann Handb. des Civilrechts (1806) II S. 454, Schweppe I §. 203 Nr. 3, Gans Obligationenrecht S. 68 fg. S. 96 fg., Koch Recht der Forder. I §. 28. 29; ja ſelbſt Savigny Syſtem V S. 466 iſt noch dieſer Anſicht. Man berief und beruft ſich hauptſächlich auf Stellen wie l. 54 pr. D. mand. (17, 1) l. 44 D. de manum. test. (40, 4) l. 6. 7 D. de serv. exportand. (18, 7), Stellen, welche aber nichts anderes ſagen als daß ausnahmsweiſe ein Affectionsintereſſe eine Obligatio begründen könne, nicht aber daß es Gegenſtand, Inhalt einer Obligatio ſein könne. Daß bei der actio legis Aquiliae kein Affectionsintereſſe gefordert werden könne, ſagt freilich l. 33 pr. D. h. t. zu beſtimmt; man erklärte dieß aus der Eigenſchaft der actio legis Aquiliae als einer ſtrengen Klage und lehrte, daß nach röm. Recht bei bonae fidei judiciis das Affectionsintereſſe habe gefordert werden dürfen. Da nun heutzutage der Unterſchied zwiſchen den ſtrengen und freien Klagen hinweggefallen iſt, ſo kam man zu der allgemeinen Regel, das Affectionsintereſſe dürfe im Fall des dolus und der culpa lata ſtets gefordert werden. Das öſterr. Geſetzbuch unterſcheidet ſich von dieſer älteren Doctrin nur darin, daß das Affectionsintereſſe nur dann gefordert werden darf, wenn die Handlung aus Muthwillen oder Schadenfreude unternommen ward oder wenn ſie durch das Strafgeſetz verpönt iſt, §§. 335. 1331 a. b. G. B.

22) Schon Thibaut hat ſich (Syſtem §. 188 Nr. V) mit anderen von ihm Note s angef. Schriftſtellern gegen dieſe Annahme erklärt; gegen die Annahme eines Affectionswerthes ſ. insbeſ. Puchta Pandekt. §. 220 Note l §. 225, Wächter Erörterungen Heft II S. 57, Bangerow III S. 48 fg., Arndts §. 202 und jetzt insbeſ. Mommſen II S. 122 fg.

der §. 303 a. d. G. B. ſpricht und die nun nach §. 305 dennoch wieder geſchätzt werden ſollen (§§. 335. 1334 a. d. G. B.)[23].

Damit das Geld die ihm zugewieſenen Functionen verrichten könne, ſind gewiſſe Eigenſchaften des Stoffs erforderlich aus welchem dasſelbe beſtehen ſoll, Eigenſchaften, deren nähere Angabe der Nationalökonomie vorbehalten bleiben muß[24]. Für das Rechtsgebiet ſind nur folgende Betrachtungen von Intereſſe. In Hinſicht des Stoffes aus welchem das Geld gebildet wird unterſcheidet man Metallgeld und Zeichengeld. Das Metallgeld trägt ſeinen Werth in ſich und hat daher einen ſelbſtändigen inneren Werth. Es beſteht aus edlem Metall, Gold und Silber. Aus edlem Metall geprägte Stücke Geldes heißen Münzen. Das edle Metall wird unter öffentlicher Autorität in größere und kleinere Stücke abgegrenzt und dieſe Stücke werden mit einem Zeichen verſehen um auszudrücken, welches Gewicht jedes einzelne Stück Geld habe: dieſes Gewicht heißt Schrot. Korn iſt der Feingehalt der Münze d. i. der Grad der Reinheit des Metalls, der im Verhältniſſe der Vermiſchung desſelben mit ſchlechterem (Legirung) ein verſchiedener iſt. Der Münzfuß drückt die Anzahl der Stücke aus, welche aus einer gewiſſen Quantität edlen Metalls von beſtimmtem Feingehalt geprägt werden[25]. Das Zeichengeld ſtellt das Geld bloß vor; es trägt alſo gar keinen oder einen verſchwindenden Werth in ſich[26]. Hierher gehört das Papiergeld, welches zugleich eine unverzinsliche Schuld des Staates oder der von ihm autoriſirten Bank darſtellt, und das Kupfergeld d. i. die Scheidemünze[27]. Zwiſchen dem Zeichengeld und dem Gelde aus edlem Metall ſteht der Billon d. i. kleines Silbergeld mit einem überwiegenden Zuſatz

---

23) Ebenſo unrichtig ſind die Beſtimmungen des preuß. Landr. I 6 §. 85 fg. und des ſächſiſchen Entwurfs §. 835 fg. und des Zürcherſchen Privatgeſ. §§. 2161. 2162. Die richtigen Grundſätze hat der heſſiſche Entwurf Obl. R. Allg. Thl Art. 215. 216.

24) Vgl. hierüber insbeſ. Savigny Obl. R. I §. 40.

25) In Öſterreich herrſcht ſeit 1748 der Zwanzigguldenfuß d. h. es werden aus einer Mark feinen Silbers 20 Gulden geprägt. Dieſer Münzfuß heißt Conventionsfuß, weil er 1753 in einer Convention zwiſchen Öſterreich und Bayern feſtgeſetzt wurde. Vgl. Savigny Obl. R. I S. 420 Note t.

26) Vgl. Savigny Obl. R. I S. 413 fg.

27) Das Kupfergeld hat zwar den Metallwerth des Kupfers, dieſer verſchwindet aber in der Geldgeſtalt wegen der relativ ſehr hohen Prägkoſten; Savigny S. 415.

von Kupfer[28]. Die Scheidemünze und der Billon dienen nur dazu um Bruchtheile auszugleichen, daher man nicht verpflichtet ist Scheidemünze im Verkehr in größerer Summe anzunehmen[29].

Man unterscheidet beim Geld einen Metall-, Nominal- und Courswerth[30]. Man versteht unter dem Metallwerth den innern Werth welchen die Münze hat, unter Nennwerth den Werth welchen der Münzherr dem Geldstück beilegt, unter Courswerth (usueller Werth) den Werth welchen die öffentliche Meinung einem Geldstück beilegt. Der Metallwerth kann selbstverständlich nur beim edlen Metall vorkommen; bei dem Papiergeld kommt zunächst der Nominalwerth in Betracht; bei allen Arten der Courswerth. Die Differenz zwischen dem Nominalwerth und dem Courswerth heißt Agio, Aufgeld[31].

Der Courswerth ist seinem Begriffe nach ein schwankender veränderlicher. Aber auch der Metall- und Nominal-Werth kann Veränderungen erleiden. Es werden nemlich in einem Staate öfter Münzveränderungen vorgenommen, welche sich theils auf den Nominalwerth der schon bestehenden Münzen theils auf den Metallwerth der erst auszuprägenden Münzen also auf den Münzfuß beziehen können. Der Einfluß, welchen diese Veränderungen des Geldwerths auf Geldschulden hervorbringen, wird im Obligationenrecht dargestellt werden.

Geldstücke (Münzen) können bei Rechtsgeschäften in zweifacher Beziehung vorkommen[32]: 1) als Individuen (corpus nummorum) so z. B. wenn Geldstücke commodirt deponirt vermacht werden[33]; 2) als Quantitäten (Summen) und zwar dieß wieder entweder als Waare wie beim Geldwechsel oder als Zahlungsmittel, welche letztere Function die im Verkehr gewöhnliche ist.

Unter baarem Geld[34] versteht man 1) sofort zu zahlendes

---

28) Savigny S. 415. 416.

29) So schon in der früheren Zeit zufolge der Bestimmung der Reichsgesetze (Reichsabschied v. 1575 §. 76) vgl. Puchta Pandekt. §. 88 Note g.

30) Vgl. Savigny Obl. R. I §. 44, Bangerow I §. 68.

31) Über diesen Ausdruck vgl. Böcking I §. 77 Note 20.

32) Vgl. Puchta Pandekt. S. 62.

33) l. 24 D. depos. (16, 3) l. 3 i. f. l. 4 D. commod. (13, 6) l. 34 §. 4 D. de leg. I (vgl. §. 677 a. b. G. B.) l. 37 D. de V. O. (45, 1).

34) Vgl. Wächter Handb. II S. 206 Note 2.

Geld im Gegenſatz zum Creditiren z. B. Handel auf baar Geld[35]; 2) den Gegenſatz zu andern Vermögensſtücken, z. B. Jemand hinterläßt 300 fl. in baarem Geld, ein Gut, drei Pferde u. ſ. w. (vgl. §. 677 a. b. G. B.). In dieſem Sinn wird auch der Ausdruck Baarſchaft genommen[36], welcher daher auch ſolche öffentliche Creditpapiere unter ſich begreift, die im ordentlichen Umlauf die Stelle des Metallgeldes vertreten, d. h. alſo das Zeichengeld (§. 680 a. b. G. B.) z. B. die Banknoten, Reichsſchatzſcheine, nicht aber etwa Metalliques u. ſ. f. 3) Im engſten Sinn bedeutet baares Geld das Metallgeld im Gegenſatze zum Zeichengeld; ſo wird das Wort im §. 680 a. b. G. B. genommen.

Dadurch daß alle Beſtandtheile des Vermögens, Sachen und Leiſtungen, in Geldſummen verwandelt werden können, kann man das Vermögen in eine rein gleichartige Quantität verwandeln; als das Reſultat dieſer Reduction erſcheint eine Geldſumme. Das Vermögen[37] iſt demnach die Geſammtheit der Rechtsverhältniſſe, der Inbegriff der Rechte einer Perſon, welche ſich auf Geld reduciren laſſen.

Das Vermögen[38] nennt man auch Hab und Gut, Eigenthum im weitern unjuriſtiſchen Sinn[39]; in dieſem Sinn gehören zum Eigenthum alle Vermögensrechte, wie Eigenthum im techniſchen Sinn,

---

35) Praesens pecunia, l. 45 §. 7 D. de re judic. (42, 1) l. 8 §. 9 D. de transact. (2, 15).

36) Vgl. Koch Lehrb. des preuß. Privatrechts I S. 196 Note 2.

37) Über den Begriff Vermögen vgl. Savigny Syſtem I S. 375 fg., Puchta Inſtitut. II §. 293 Pandekt. §. 84, Wächter Handb. II S. 206. 207.

38) Das öſterr. Geſetzbuch bezeichnet öfters mit dem Ausdruck Vermögen die einzelnen Vermögensſtücke ſelbſt, vgl. z. B. §. 295 a. b. G. B.

39) So ſpricht man von Eigenthum an Forderungen (§. 1424 a. b. G. B.), vom Eigenthum einer Handlung (§. 1030 a. b. G. B.) einer Zeitung u. ſ. w., indem Eigenthümer ſo viel als Berechtigter bedeutet. In dieſer weiten unjuriſtiſchen Bedeutung gehört zum Eigenthum Alles was unter den Begriff bona fällt, was in bonis est l. 49 D. de V. S. — In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sunt. Atque bonis nostris adnumerabitur etiam si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur. In dieſem weiten unjuriſtiſchen Sinn wird der Ausdruck Eigenthum im §. 353 a. b. G. B. genommen; wie wenig paſſend eine ſolche Definition, bei welcher Eigenthum mit Vermögen identificirt wird, an der Spitze der Lehre vom Eigenthum im techniſchen Sinn (Thl II Hauptſt. 2) ſtehe, leuchtet von ſelbſt ein.

dingliche Rechte und Forderungen[40]. Bei dieſer Reduction aller Vermögensrechtsverhältniſſe auf Geld kann ſich das Vermögen einer Perſon bald als das Eigenthum einer Geldſumme bald als völlige Null bald als Geldſchuld darſtellen. Im engern Sinn bedeutet Vermögen bloß das active und zwar dasjenige active Vermögen welches nach Abzug aller Schulden übrig bleibt[41]. Bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden wird der Ausdruck Vermögen in der Regel in dieſem engern Sinn genommen[42]; bei Rechtsverhältniſſen auf den Todesfall dagegen verſteht man unter Vermögen auch das paſſive[43].

IV. Juriſtiſch bedeutende Eigenſchaften der Sachen.

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen.

§. 48. I. Unter *Beweglichkeit* verſteht man im allgemeinen die Fähigkeit zur Veränderung des Raumverhältniſſes, unter *Unbeweglichkeit* die Unfähigkeit hierzu[1]. Von Sachen welche das Raumverhältniß ändern können wird man aber erſt dann ſagen ſie

40) Vgl. die in Note 39 angef. §§.

41) l. 39 §. 1 D. de V. S. Bona intelliguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt, denn (l. 83 eod.) proprie bona dici non possunt quae plus incommodi quam commodi habent.

42) Wenn daher Jemand ſein ganzes Vermögen oder einen Theil desſelben einem Andern verſpricht oder überträgt, z. B. es ſchenkt der A dem B ſein ganzes gegenwärtiges Vermögen, oder es bringt eine Frau ihrem Mann ihr ganzes Vermögen als Heirathsgut zu oder es räumt Jemand den Nießbrauch an ſeinem Vermögen ein, ſo iſt darunter nicht das ganze active Vermögen zu verſtehen, ſondern der Beſchenkte oder der Gatte bekommt nur Dasjenige, was vom Vermögen nach Abzug der Schulden übrig bleibt. l. 72 pr. D. de pact. dotal. (23, 3) — non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno. l. 43 D. de usu et usufr. (33, 2) l. 42 D. de donat. (39, 5) l. 49 D. de re jud. (42, 1), vgl. Wächter S. 207 Note 7.

43) l. 3 pr. D. de B. P. (37, 1) — nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus in hoc loco (i. e. in bonorum possessione) proprie bona appellabuntur. l. 208 D. de V. S. l. 119 eod.

1) Dieſer Begriff iſt es, welcher an die Spitze der ganzen Lehre geſtellt werden muß; bei der gewöhnlichen Darſtellung, welche ſofort damit beginnt zu ſagen, jene Sachen ſeien beweglich, welche ohne Verletzung ihrer Form und ihres Gehalts transportirt werden können, muß man alsbald in Verlegenheit gerathen, wenn es ſich um Grundſtücke handelt, denn dieſe können weder mit noch ohne Verletzung ihrer Beſchaffenheit von einem Ort zum andern gebracht werden. Auch wird dieſe Darſtellungsweiſe leicht Veranlaſſung zu mancher andern unrichtigen Auffaſſung vgl. Note 5. — Dieſe Darſtellungsweiſe, welche ſich z. B. bei Höpfner Comment. §. 342, Glück II 173, ja ſelbſt noch bei Wächter II §. 37 und

ſeien beweglich, wenn ſie das Raumverhältniß ändern können ohne aufzuhören dieſelben zu ſein, d. h. wenn ſie ohne Verletzung ihrer Form und ihres Gehaltes alſo ohne Verletzung ihres Weſens von einem Orte an den andern gebracht werden können. Fehlt den Sachen dieſe Möglichkeit, können ſie ohne Verletzung ihrer Beſchaffenheit, vermöge deren ſie eben das ſind was ſie ſein ſollen, nicht von einem Ort an den andern gebracht werden, ſo ſind ſie unbeweglich, weil die Veränderung ihres Raumverhältniſſes ihren Untergang herbeiführt. Hiernach ergibt ſich mit Leichtigkeit die Beantwortung der Frage, welche Sachen unbeweglich ſeien.

A. Zu den *unbeweglichen* Sachen gehört der Grund und Boden, alſo begrenzte Stücke des Erdbodens und Alles was mit ihm zuſammenhängt, ſolange es aus dieſer Verbindung nicht gelöſt iſt. Daher iſt Alles unbeweglich was ſich *unter* der Erdoberfläche befindet, ſo wie Alles was ſich *über* den Boden erhebt und mit ihm in organiſcher oder in mechaniſcher Verbindung ſteht. Dasjenige, was auf organiſche oder mechaniſche Weiſe als Beſtandtheil des Grundſtücks ſich über den Boden erhebt, heißt *Oberfläche* (superficies vgl. §§. 1125. 1147 a. b. G. B.). Daß demnach Pflanzen, Bäume, Früchte u. ſ. w. ſolange ſie in feſter Verbindung mit dem Grund und Boden ſtehen unbeweglich ſind (§. 295 a. b. G. B.), ergibt ſich aus der Natur der Sache; denn ſolange ſie in dieſer Verbindung ſind kommen ſie als ſelbſtändige Sachen gar nicht in Betracht[2], ſie ſind Beſtandtheile des Bodens[3], und was vom Ganzen gilt muß auch von den Theilen gelten. Wie der Grund und Boden unbeweglich iſt, ſo ſind es daher die Bäume und Pflanzen die in ihm wurzeln. Dennoch hat man öfters gemeint, dieſe Sachen ſeien ihrer Natur nach beweglich und würden nur im *rechtlichen* Sinn für unbeweglich (res civiliter immobiles) gehalten und hat dieß theils damit zu begründen geſucht, daß ſolche Sachen Zubehör des Grundes und deßhalb im rechtlichen Sinn unbeweglich ſeien[4], theils damit daß

Beſeler II S. 10 findet, iſt in dem Codex Max. Bavar. II 1 §. 8, in das preuß. Landrecht I 2 §. 6 und in das öſterr. Geſetzbuch §. 293 übergegangen.

2) l. 40 D. de A. E. V. — arborum quae fundo continentur non est separatum corpus a fundo.

3) l. 44 D. de R. V. Fructus pendentes pars fundi videntur. l. 58 eod.

4) So z. B. Glück II S. 524, Höpfner Commentar S. 354, Schilling II §. 59.

ſich ja Bäume, Pflanzen, Früchte ohne Verletzung ihrer Subſtanz vom Boden trennen ließen[5]. Wie wenig ſtichhaltig dieſe letztere Meinung ſei ergibt ſich aus der einfachen Erwägung, daß die Frage, ob unſelbſtändige Sachen, welche mit einer andern verbunden ſind, ohne Verletzung ihrer Subſtanz ſich von dieſer trennen laſſen, mit der Frage ob ſelbſtändige Sachen ſich ohne Verletzung ihrer Subſtanz von einem Ort an den andern tragen laſſen, gar nichts gemein habe. Die erſte Motivirung aber bewegt ſich in dem falſchen Zirkel, daß weil nach der ältern Auffaſſung die an ſich beweglichen Pertinenzen unbeweglicher Hauptſachen für unbeweglich im rechtlichen Sinne (res civiliter immobiles) gehalten werden (ſ. unten §. 55), nunmehr umgekehrt Alles, was Zubehör im eigentlichen oder uneigentlichen vulgären Sinn iſt, ſollte es auch an ſich (natura) ſchon unbeweglich ſein, dennoch als im rechtlichen Sinne (civiliter) unbeweglich angeſehen wird. In Anſehung jener Sachen, welche wie Bäume, Pflanzen und Früchte, wie die Ziegel am Dach, die Balken, Fenſter, Thüren eines Hauſes u. ſ. f. Beſtandtheile einer unbeweglichen Sache bilden, iſt eine doppelte Auffaſſung möglich. Betrachtet man ſie als Beſtandtheile der unbeweglichen Sache, ſo ſind ſie unbeweglich; hat man aber die Möglichkeit ihrer Trennung vor Augen und ſtellt ſich dieſelben als durch die künftige Trennung ſelbſtändig geworden vor, ſo ſind ſie beweglich. Daher ſind Rechtsgeſchäfte welche über dieſe Sachen auf den Fall ihrer Trennung geſchloſſen werden wie z. B. der Kauf der Früchte auf dem Halm, ſtehender Bäume u. ſ. f. Rechtsgeſchäfte über (künftige) bewegliche Sachen[6]. Was insbeſondere Gebäude anbelangt, ſo kommt Alles darauf an, ob ihre Fundamente im Boden ruhen, in ihm eingefeſtet ſind oder nicht. Im erſten Falle ſind ſie unbeweglich, im letztern Falle beweglich. Daher ſind Hütten, Schilderhäuſer, Bretterſcheunen u. ſ. f., welche auf dem Boden ſelbſt aufgeſtellt und höchſtens von außen an demſelben befeſtigt werden, bewegliche Sachen[7]; dieſelben Sachen ſind aber unbeweglich, wenn

---

5) So insbeſondere Buchholtz Verſuche Abhandl. II S. 26 fg.; gegen dieſen vgl. Sintenis I S. 420 Note 5, Heimbach im Rechtslexicon IX S. 472 Note 79.

6) Vgl. Wächter II S. 221.

7) l. 50 D. de A. R. D. Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seji praedio posuit: quaeritur uter horrei domi-

ihre Fundamente im Grund und Boden ruhen, nur werden sie zu beweglichen Sachen, wenn sie vom Boden getrennt werden. Daher sind nicht nur steinerne Gebäude unbeweglich, sondern auch gußeiserne Häuser, obwohl sie ohne Verletzung ihrer Beschaffenheit vom Grund und Boden getrennt werden können. Völlig gleichgiltig erscheint demnach für die Frage der Unbeweglichkeit die Absicht des Bauenden, ob er nemlich beabsichtigt daß das Gebäude auf dem Grunde für immer stehen bleibe oder ob er es bloß zu vorübergehenden Zwecken baut: wenn daher z. B. behufs einer Industrieausstellung ein Gebäude mit der Bestimmung errichtet wird nach Beendigung derselben wieder niedergerissen zu werden, so ist dasselbe dennoch so lange unbeweglich als es im Grund und Boden eingefestet ist; ebenso ist umgekehrt eine nicht eingefestete Hütte beweglich, mag sie auch zu beständigen Zwecken aufgestellt worden sein. Daß das österreichische Gesetzbuch (§. 297) dennoch Gebäude nur in so fern zu den unbeweglichen Sachen rechnet als „sie auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden daß sie stets darauf bleiben sollen", erklärt sich aus der Annahme eines Zugehörs im weitern Sinne und aus dem Mangel gehöriger Unterscheidung desselben vom Zugehör im eigentlichen technischen Sinne, so wie daraus daß in jenem §. 297 a. b. G. B. von unbeweglichen Sachen im rechtlichen Sinne die Rede ist[8]. — Wind- und Wassermühlen sind unbeweglich, wenn sie auf Pfeilern befestigt sind oder wenn ihr Mühlwerk Bestandtheil eines Gebäudes ist. Schiffsmühlen dagegen sind ebenso wie Badhäuser auf Schiffen beweglich, weil die Schiffe selbst so wie Nachen und Fähre zu den beweglichen Sachen gehören[9].

---

nus sit? Respondit secundum ea quae proponerentur non esse factum Seji. cf. l. 18 pr. D. de A. E. V.

8) Im Anschluß an die angeführte Bestimmung des bürgerl. Gesetzbuchs behaupten unsere Schriftsteller (vgl. z. B. Stubenrauch I S. 643) in ganz verkehrter Weise, daß für die Frage der Unbeweglichkeit von Gebäuden auf die Destination Alles, auf die Einfestung gar nichts ankomme.

9) Man hat früher viel darüber gestritten, ob Schiffsmühlen zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehören. Einige wie z. B. Leyser rechneten sie zu den beweglichen Sachen; Andere wie Böhmer und nach Glück's (II S. 534 Note 6) Zeugniß die Praxis rechneten sie zu den unbeweglichen Sachen; Glück selbst (dem hierin noch Holzschuher I S. 284 folgt) unterscheidet, ob im Lande ein Mühlenregal existire oder nicht, ob also den Schiffsmühlen von Seiten der Obrigkeit ein bestimmter Platz angewiesen worden sei oder ob sie beliebig an

Die Bezeichnung für unbewegliche Sachen[10] ist in den ältern Quellen Liegenschaft, liegendes Gut, auch Gut schlechthin; im bürgerlichen Gesetzbuch Grundstück (§. 474), welches die allgemeinste Bezeichnung für unbewegliche Sachen ist, jedoch auch öfters in einem engern Sinne von jenen unbeweglichen Sachen allein gebraucht wird welche nicht Gebäude sind (§. 230. §. 31), Landgut (§. 230. §. 31) welches jedoch verschiedene Bedeutungen hat, indem es bald einen größern landwirthschaftlichen Besitz (§. 31) bald bloß eine ländliche Besitzung mit Wohnung bald bloß ein Feldgrundstück bezeichnet; unbewegliche Sache, unbewegliches Gut (§. 232) auch Immobilien, Grund, Grund und Boden (§. 295. §. 297) liegendes Gut (§. 296).

Für alle Arten der unbeweglichen Sachen gelten im allgemeinen gleiche privatrechtliche Grundsätze; es machen sich jedoch zwei Verschiedenheiten geltend, wovon die eine zunächst auf physischer Grundlage beruht, während die andere rein rechtlicher Natur ist.

Die erste Verschiedenheit betrifft die äußere Beschaffenheit der liegenden Güter. In dieser Beziehung unterscheidet man städtische und ländliche Grundstücke (praedia urbana et rustica)[11], eine Unterscheidung, welche obgleich sie im bürgerlichen Gesetzbuch dem Namen nach nicht vorkommt dennoch auch für unser Recht von Bedeutung ist. Zu den städtischen[12] Grundstücken (praedia urbana) gehören alle mit dem Boden fest verbundenen Gebäude[13]

---

jedem Ort angelegt werden dürfen: im ersten Fall sollen die Schiffsmühlen zu den unbeweglichen Sachen, im zweiten zu den beweglichen gehören. Allein der Umstand, ob eine Schiffsmühle willkürlich verlegt werden darf, kann auf die natürliche Qualität derselben, daß sie ohne Zerstörung ihres Wesens verlegt werden kann, keinen Einfluß haben. — Als bewegliche Sachen wurden Schiffsmühlen erklärt durch Hofdecr. v. 29. Mai 1824 Anhang Nr. 23 (Michel Nr. 507) und daher die Grundbücher über Schiffsmühlen aufgehoben (Michel Nr. 508).

10) Über die Bezeichnung der unbeweglichen Sachen in den älteren deutschen Rechtsquellen und über die verschiedenen Arten unbeweglicher Sachen vgl. Maurenbrecher Lehrb. I §. 184, Mittermaier I §. 144.

11) Über diese Unterscheidung vgl. Wächter Handb. II S. 213 fg., Mühlenbruch Lehrb. II §. 222, Schilling Institut. II §. 59.

12) Auf die Lage kommt es nicht an; es ist also nicht etwa jedes Grundstück das in einer Stadt liegt ein städtisches, oder das auf dem Lande liegt ein ländliches. l. 198 D. de V. S. — urbanum praedium non locus facit sed materia.

13) §. 1 I. de servitut. (2, 3) — aedificia omnia urbana praedia appellamus etsi in villa aedificata sunt. l. 1 pr. D. commun. praedior. (8, 4).

daher auch Ställe, Scheunen[14] u. ſ. f.; zu den ländlichen Grundſtücken (praedia rustica) jene Liegenſchaften welche zur Gewinnung natürlicher Früchte beſtimmt ſind. Leere Plätze wie z. B. Hofräume, Plätze am Ufer, Abweideplätze u. ſ. f. gehören je nach der Verſchiedenheit der Rechtsverhältniſſe, für welche der Unterſchied zwiſchen praedium urbanum und rusticum von praktiſcher Bedeutung iſt, bald zu den ſtädtiſchen bald zu den ländlichen Grundſtücken. Stehen ländliche und ſtädtiſche Grundſtücke in einer Verbindung, ſo kommt es darauf an welches von ihnen als Hauptſache welches als Nebenſache zu betrachten ſei. So iſt z. B. ein Haus mit dem dazu gehörigen Garten ein praedium urbanum, dagegen ein Garten mit einem Gartenhaus ein praedium rusticum[15]. Jene Unterſcheidung zwiſchen ländlichen und ſtädtiſchen Grundſtücken wird in folgenden Fällen praktiſch wichtig: 1) Auf ihr beruht der Unterſchied der Miethe und Pacht von Grundſtücken. Städtiſche Grundſtücke daher auch Scheunen, Ställe, Magazine, Gewölbe u. ſ. w. werden vermiethet, ländliche Grundſtücke werden verpachtet[16]. Das geſetzliche Pfandrecht des Beſtandgebers iſt verſchieden, je nachdem ein praedium urbanum oder rusticum in Beſtand gegeben wurde[17]. Ebenſo iſt auch die

---

14) l. 198 D. cit. Urbana praedia omnia aedificia accipimus non solum ea quae sunt in oppidis sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis—. cf. l. 4 §. 1 D. in quib. caus. pign. (20, 2).

15) l. 198 i. f. D. cit. Proinde hortos quoque si qui sunt in aedificiis constituti (cf. l. 91 §. 5 D. de leg. III) dicendum sit urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt vinearii forte vel etiam olitorii magis haec non sunt urbana.

16) Das öſterreichiſche Geſetzbuch beſtimmt den Unterſchied zwiſchen Miethe und Pacht im §. 1091 dahin, daß der Beſtandvertrag ein Miethvertrag ſei „wenn ſich die in Beſtand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt," ein Pachtvertrag „wenn ſie nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann." Dieſe Definition iſt ganz unbefriedigend. Wer ein Magazin, eine Scheune, ein Gewölb in Beſtand nimmt, kann „nur durch Fleiß und Mühe die Sache benützen," er muß die Waaren ab- und aufladen u. ſ. f. und dennoch iſt er Miether; umgekehrt kann Jemand um ſein Vieh zu weiden eine Wieſe pachten und ſomit dieſe Wieſe „ohne weitere Bearbeitung gebrauchen," dennoch iſt er Pächter. Gegen dieſe Definition des bürgerlichen Geſetzbuchs vgl. auch Bluntſchli Staats- und Rechtsgeſch. von Zürich II S. 277. 278.

17) l. 4 pr. l. 7 pr. D. in quib. caus. pign. (20, 2). Die geſetzliche Beſtimmung des §. 1101 a. b. G. B. iſt zu eng: ſie ſpricht bloß dem Vermiether „einer Wohnung" das Pfandrecht auf die illata et invecta zu, während es doch keinem Zweifel unterworfen ſein kann, daß auch dem Vermiether eines Gewölbes, Magazins oder Stalles das geſetzliche Pfandrecht zuſtehe. l. 4 §. 1 D. h. t. —

ſtillſchweigende Erneuerung des Beſtandvertrages (tacita relocatio) verſchieden nach der Verſchiedenheit des Grundſtücks[18]. Leere Plätze z. B. Ställe, Magazine, Bleich- oder Trockenplätze gehören in der fraglichen Beziehung zu den ſtädtiſchen Grundſtücken[19]: man vermiethet z. B. Hofräume, Abladungsplätze und es wird wohl nicht leicht Jemand dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zuwider ſich in dieſen Fällen des Ausdrucks verpachten bedienen. 2) Grunddienſtbarkeiten (Prädialſervituten) theilen ſich nach der äußern Beſchaffenheit des herrſchenden Grundſtückes (praedium dominans) in Feld- und Hausſervituten ein (servitutes praediorum urbanorum, servitutes praediorum rusticorum)[20]. Das öſterreichiſche Geſetzbuch (§. 474) unterſcheidet zwar im Einklange mit einer früher viel verbreiteten Anſicht[21] die Servituten in Feld- und Hausſervituten, je nachdem das herrſchende Grundſtück entweder zur Landwirthſchaft oder zu einem andern Gebrauche beſtimmt iſt. Allein dieſe Unterſcheidung, welche wohl für den Inhalt und Umfang der Servitut von Wichtigkeit iſt, vermag nicht auszureichen, da Scheunen doch ſicher zur Landwirthſchaft beſtimmt ſind und wohl Niemand das einer Scheune zuſtehende Recht tigni immittendi eine Feldſervitut nennen wird, ſo wie man umgekehrt wohl anſtehen wird die servitus aquae hauriendae welche einem Fabriksgrund zuſteht eine Hausſervitut zu nennen. Die leeren Plätze gehören bei den Servituten ſelbſtverſtändlich zu den praedia rustica.

Die zweite Verſchiedenheit iſt rechtlicher Natur. Die Grundſtücke ſind nemlich verſchieden in Rückſicht der mit gewiſſen Grundſtücken verbundenen Rechte und Pflichten. Dieſe Rechte und Pflichten waren früher insbeſondere publiciſtiſcher politiſcher Natur: ſie ſind mit den neueſten politiſchen Umgeſtaltungen größtentheils hinweggefallen. So

---

quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet (stabula) non multum ab urbanis praediis differunt. l. 3 eod.

18) l. 13 §. 11 D. loc. (19, 2) §. 1115 a. b. G. B.

19) Da nemlich das Pfandrecht des Verpächters ſich auf die natürlichen Früchte bezieht, ſo verſteht es ſich von ſelbſt daß Plätze, die nicht zum Fruchtgewinn beſtimmt ſind, in dieſer Beziehung nicht zu den praedia rustica gehören können.

20) Die Bedeutung des praedium urbanum und rusticum in Anſehung der Servituten iſt im gemeinen Recht bekanntlich in hohem Grad beſtritten; das Nähere hierüber im beſondern Theil.

21) Dieſe Anſicht findet ſich auch noch bei Böcking I §. 74 II §. 161.

unterſchied man früher zwiſchen Dominical- und Ruſtical-gründen, zwiſchen landtäflichen und nichtlandtäflichen Gütern, zwiſchen jüdiſchen und chriſtlichen Realitäten, Unterſchiede welche heutzutage größtentheils ihre Bedeutung verloren haben, obgleich ſie bei ihrem innigen Zuſammenhange mit allen Geſtaltungen des rechtlichen Lebens in gewiſſen Beziehungen noch immer nachklingen und dadurch manche Ungewißheit veranlaſſen[22]. Bauerngüter ſind auch noch heutzutage in rechtlicher Beziehung von Bedeutung, nemlich in Bezug auf die geſetzliche Erbfolge (§. 761 a. b. G. B.) und in Bezug auf ihre Theilbarkeit[23].

B. Die beweglichen Sachen werden fahrende Habe, fahrendes Gut, Fahrniß[24] genannt[25]. Einige Arten beweglicher Sachen führen eigene Benennungen, welche im gewöhnlichen Leben verſchiedener Deutung unterliegen und daher eine geſetzliche Beſtimmung ihres Sinnes erhalten haben, welche aber bei der Auslegung von Willenserklärungen mit Vorſicht angewendet werden muß[26]. Einrichtung, Einrichtungsſtücke, Hausrath bedeutet ſowol die zum anſtändigen Gebrauche der Wohnung als zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthſchaften: Werkzeuge zum Betriebe des Gewebes ſind im Zweifel darunter nicht zu verſtehen (§. 674

22) Das Nähere im beſondern Theil.

23) Vgl. oben §. 41.

24) Der Ausdruck „Fahrniß", „fahrende Habe" iſt im weitern Sinn gleichbedeutend mit Mobiliarvermögen (vgl. Text Nr. III) und bedeutet ſomit Alles was zu den beweglichen Sachen und Rechten gehört vgl. Grimm R. A. S. 564. 565. Im engern Sinn bedeutet Fahrniß bloß die beweglichen (körperlichen) Sachen, Alles was man führen, fahren, treiben kann (Kraut Grundriß §. 95 Nr. 46). — Das öſterr. Geſetzbuch gebraucht den Ausdruck Fahrniß nur im engern Sinn vgl. §§. 1227. 1228; in dieſem engern Sinn iſt Fahrniß auch im §. 1101 a. b. G. B. zu nehmen, wo es im Unterſchied von den Einrichtungsſtücken (§. 674 a. b. G. B.) alle andern Sachen begreift, welche deßhalb in das gemiethete Locale gebracht werden weil der Miether ihrer bedarf, wie z. B. Werkzeuge zum Betrieb des Gewerbs (l. 4 pr. l. 7 §. 1 D. in quib. caus. pign. 20, 2). Es iſt daher viel zu weit, wenn Ellinger Handb. ad §. 1101 lehrt, daß unter Fahrniſſen außer den Einrichtungsſtücken „alles andere bewegliche Vermögen" zu verſtehen ſei: es iſt der römiſche Begriff der illata et invecta der im §. 1101 aufgenommen worden iſt und daher ſelbſt dasjenige noch zu weit, was Winiwarter IV S. 305 ſagt; vgl. Glück XVIII S. 448 fg. und das Nähere im Pfandrecht.

25) Über andere deutſchrechtliche Bezeichnungen vgl. Mittermaier I §§. 143. 144, Phillips I §§. 55. 56, Gengler Lehrb. I S. 148 fg.

26) Vgl. Koch Lehrb. I §. 89.

a. b. G. B.); Meubles, Mobilien[27] bedeutet die zum anständigen Gebrauch der Wohnung erforderlichen Geräthschaften (§. 674 a. b. G. B.); Effecten[28] alle beweglichen Sachen im Gegensatz zur Baarschaft und zu ausstehenden Forderungen[29]. — Die beweglichen Sachen unterscheidet man in bewegliche im engern Sinne welche nur durch fremde Kraft von der Stelle gebracht werden können und in Moventien (res moventes) d. h. Sachen welche durch eigene Kraft ihren Ort verändern können[30]. Im heutigen Recht sind bloß Thiere Moventien. Die Thiere unterscheidet man in wilde, zahme und zahmgemachte[31]. Zu den wilden Thieren gehören jene welche die Gemeinschaft des Menschen scheuen; zu den zahmen (Hausthieren) jene welche schon der Gattung nach sich zum Menschen halten; zu den zahmgemachten solche welche ursprünglich wild sich dermaßen an Menschen gewöhnt haben, daß sie obwol frei doch immer wieder zu ihnen zurückkehren (consuetudo revertendi). Dieser Unterschied ist für die Lehre vom Besitz und Eigenthum von großer Wichtigkeit. Das österreichische Gesetzbuch enthält keine Bestimmung darüber, welche Thiere als ursprünglich wild, welche als zahm anzusehen seien; es wird daher auf den Ausspruch der Naturgeschichte recurrirt werden müssen.

C. Der Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen war im ältern deutschen Recht in politischer so wie in privatrechtlicher Beziehung von der größten Wichtigkeit. Mit der Entwicklung der

---

27) Der Ausdruck Mobilien wird aber im gewöhnlichen Leben auch öfters gebraucht um alle bewegliche Sachen wie z. B. Juwelen, Perlen, Ringe, baares Geld u. s. f. zu bezeichnen (vgl. Glück II S. 520; das österr. Gesetzbuch drückt das quae ibi mobilia sunt l. 79 §. 4 D. de leg. III mit den Worten aus „mit allen darin befindlichen Sachen" §. 677). Könnte daher der Legatar beweisen, daß der Erblasser das Wort Mobilien in diesem weiten Sinn gebraucht habe, so sind ihm alle darunter begriffenen Sachen zuzusprechen (§. 655 a. b. G. B.). In diesem weitern Sinn ja gleichbedeutend mit dem Ausdruck bewegliches Vermögen gebraucht das österr. Gesetzbuch selbst den Ausdruck Mobilien im §. 227.

28) Der Ausdruck Effecten bedeutet aber häufig auch die Papiere, welche Gegenstand von Börsengeschäften sind; es wird daher immer erst untersucht werden müssen, in welchem Sinn dieser Ausdruck gebraucht wurde.

29) Über die Bedeutung der Ausdrücke Juwelen, Schmuck, Putz, Gold und Silber, Wäsche, Equipage u. s. f. §§. 678. 679 a. b. G. B.

30) Über die römische Terminologie vgl. Schilling II S. 227 und Böcking I §. 74 Note 4.

31) Vgl. hierüber Seuffert I §. 64 und Böcking a. a. O. Note 5—7.

Verkehrsverhältniſſe, mit dem Steigen des Werthes der fahrenden Habe und mit der Veränderung der politiſchen Zuſtände hat jener Unterſchied allmälig an Bedeutung verloren; er hat aber auch in unſerm heutigen Privatrechte noch immerhin große praktiſche Bedeutung. Jene Unterſcheidung wird nemlich wichtig rückſichtlich der Erwerbung des Eigenthums und überhaupt des Erwerbs der Verfolgbarkeit und des Verluſtes dinglicher Rechte, rückſichtlich des Verjährungstermins der Gewährleiſtungsklagen (§. 934 a. b. G. B.), in Anſehung der ſ. g. Pupillarſicherheit (§. 230 a. b. G. B.), rückſichtlich des Grundſatzes Kauf bricht Miethe (§. 1120 a. b. G. B.), rückſichtlich der Friſten beim Zwangsverkauf der ſchuldneriſchen Güter (A. G. O. §§. 327. 347) u. ä. m.

II. Die Unterſcheidung der Sachen in bewegliche und unbewegliche iſt bisher in der Weiſe dargeſtellt worden wie ſie ſich aus der Natur der Sache von ſelbſt ergibt: in ſo fern ſpricht man von ihrer Natur nach beweglichen und unbeweglichen Sachen (res naturaliter mobiles, immobiles). Dieſe auf natürlicher Grundlage beruhende Unterſcheidung der Sachen bildet den Gegenſatz zu der auf rechtlichen Anſchauungen baſirenden Unterſcheidung der Sachen in bewegliche und unbewegliche (res civiliter mobiles, civiliter immobiles) [32]. Man unterſcheidet nemlich Sachen, welche im natürlichen Sinne an ſich (naturaliter) beweglich dennoch im rechtlichen Sinne (civiliter) für unbeweglich gehalten werden, und umgekehrt Sachen, welche im natürlichen Sinne (naturaliter) unbeweglich dennoch im rechtlichen Sinne (civiliter) für beweglich gehalten werden. Dieſe Unterſcheidung hat ihre Veranlaſſung und ihre Ausbildung im deutſchen Recht erhalten [33]; im römiſchen Recht findet ſich wie gewöhnlich angenommen wird eine (einzige) Stelle wo angeblich eine ähnliche Unterſcheidung

---

32) Vgl. hierüber Glück II S. 520 fg., Höpfner Comment. §. 342, Thibaut Syſtem §. 172.

33) P. Voëtius De mobilium et immobilium natura. Ultraj. 1666, G. L. Mogen De vera ac genuina rerum mobilium et immobilium indole secundum diversa juris romani et germanici principia 1760, Mittermaier in Erſch und Gruber's Encyclop. Art. Bewegliche Sachen Bd. IX S. 373. Vgl. den intereſſanten Artikel von Renaud die Lehre von der Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche nach franzöſ. Recht aus ihrer germaniſchen Grundlage erläutert in der Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft des Auslands Bd XXIII (1850) S. 83 fg. S. 229 fg.

gemacht wird[34] und auf sie haben sich später die deutschen Juristen berufen, um in der damals herkömmlichen Weise im Corpus juris den Anhaltspunkt und die legale Rechtfertigung ihrer Lehre zu finden[35]. Im deutschen Rechte wurden bei der ganz verschiedenen rechtlichen Behandlung der beweglichen und unbeweglichen Sachen, welche sich besonders in der Erwerbung, Verfolgbarkeit, Verpfändung und Veräußerung so wie in der Vererbung derselben manifestirte, manche an sich bewegliche Sachen zu den unbeweglichen gerechnet und umgekehrt, um sie für gewisse Rechtsverhältnisse jener rechtlichen Behandlung theilhaftig werden zu lassen, welche sonst nur für die an sich beweglichen oder unbeweglichen Sachen eintrat. Die Mobilisirung an sich unbeweglicher Sachen, die Immobilisirung an sich beweglicher Sachen hatte also keine andere Bedeutung, als daß Sachen, welche an sich beweglich oder unbeweglich waren, in Beziehung auf gewisse Rechtsverhältnisse so behandelt wurden, als wären sie unbeweglich beziehungsweise beweglich: in allen übrigen Rechtsverhältnissen trat die natürliche Qualität der Sachen in den Vordergrund. So kam es, daß Sachen in gewissen Verhältnissen als beweglich in gewissen als unbeweglich angesehen wurden[36] und daß es eine quaestio juris nicht facti war, ob gewisse Sachen als beweglich oder unbeweglich anzusehen seien[37]. Jene Verhältnisse in Bezug auf welche

---

34) Nov. VII praef. — alienare rem immobilem domum forsan aut agrum aut colonum aut mancipia rustica (cf. l. 7. 11 C. de agric. 11, 47) aut civiles annonas (nam et haec inter immobilia sunt numeranda) —.

35) Sie übertrugen dann jene Unterscheidung auf das römische Recht selbst in einem weiten Umfang, indem sie z. B. die mobilia pretiosa der Pupillen und Minderjährigen für res civiliter immobiles erklärten, weil sie in Rücksicht des gesetzlichen Veräußerungsverbots wie die unbeweglichen Sachen dieser Personen behandelt werden (l. 22 pr. C. de admin. tutor. 5, 37) vgl. Glück II S. 523.

36) Öffnung von Stäfa (vgl. Bluntschli Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I S. 262) — Aber sprechen sy das hüser farend guot ist gegen den fründen und ligend guot ist gegen dem herrn. So wurden in Frankfurt Handelsgüter in Bezug auf die Vererbung als unbeweglich, in Beziehung auf Verpfändung als beweglich behandelt. Orth Anmerk. zur Frankfurter Reform. I Fortsetz. S. 231.

37) Daher die häufigen Anfragen und Belehrungen, welche Sachen als beweglich oder unbeweglich anzusehen seien (vgl. Kraut Grundriß §. 95 Nr. 59) und die localen Verschiedenheiten in dieser Auffassung (vgl. die Stelle bei Phillips I §. 55 Note 7). Eine solche Aufzählung gibt auch die böhmische Landesordnung novell. declarat. lit. kk. vgl. Jordan Systemat. Darstellung des bürgerlichen Rechts in Königreich Böhmen (1795) I §. 44.

eine Mobilisirung beziehungsweise Immobilisirung durch Gesetz, Gewohnheit ja selbst durch bloße Privatdisposition[38] vor sich ging, betrafen insbesondere das Erbrecht[39], das eheliche Güterrecht[40], Veräußerungen und Verpfändungen[41], Auflösung des Pacht-Nießbrauchs- und Lehensverhältnisses[42]. Hiernach wurden Gold und Silber, Panzer und Geschütz[43], das geschnittene aber noch nicht gebundene Getraide, der noch nicht gekoberte Wein und die Fische im Teiche[44] in gewissen Verhältnissen für unbeweglich; umgekehrt wurden Grundstücke, Häuser, das Holz im Walde[45], die stehenden Früchte[46] u. dgl. in manchen Rechtsverhältnissen für beweglich angesehen. Ebenso sah man Sachgesammtheiten wie Waarenlager, Apotheken, Heerden, Bibliotheken u. s. f. für civiliter unbewegliche Sachen an[47] und rechnete auch das an sich bewegliche Zubehör (im engern und weitern

38) So kam es im Mittelalter öfters vor, daß Jemand mit Einstimmung seiner Verwandten ein Immobile als beweglich erklärte; Mittermaier I §. 143 Note 16.

39) So erhielten z. B. in Hessen und Württemberg jene Personen, welche in die Mobilien succedirten auch die Häuser; mit Rücksicht hierauf wurden die Häuser den Mobilien beigezählt. „Was die Fackel verzehrt ist Fahrniß;" vgl. Kraut §. 95 Nr. 62.

40) Kyburger Grafschaftsr. (Kraut Nr. 60) Item was och ein frow Irem eman zuobringt in heimstür (Heimsteuer, Heirathsgut) wyß, es sig bar gelt oder sust varende habe, das sol ligend guot heissen und sin und nit varends.

41) Reg. Christ. V. leges Danicae V 8 §. 4 Praedia urbana resque soli urbani in numero rerum mobilium sunto et absque judiciali indicatione vendi possunto.

42) Vgl. Renaud in der angef. Abhandl. S. 86. 97.

43) Vgl. Renaud Lehrb. I §. 139 Note 8. 9.

44) Schöffenurtheil (Kraut Nr. 46) Wan der win — in den zober komet daz korn in daz seil so ist iz farende hab. Öffnung von Stäfa in Grimm's Weisthüm. I 45. — Die Fische in den Teichen galten nach drei Jahren als beweglich d. h. sie gehörten nach dieser Zeit dem Pächter, sollte er sie auch noch nicht gefischt haben; vgl. Renaud in der angef. Abh. Note 82.

45) In Ansehung der Auflösung des Nießbrauchs, des Pacht- und des Lehensverhältnisses wurde das Holz für beweglich angesehen, sobald die regelmäßige Zeit des Holzschlags vorüber war. Renaud in der angef. Abh. S. 97 Note 84.

46) Erfurter Statuten v. 1306 (Kraut No. 53) Wann getreide oder same uffe den ackir geworfen wirt und ez die eide (Egge) bestrichet, so sol iz varende habe sin; d. h. es gilt hier dasselbe, was Note 45 bemerkt wurde. Vgl. Kraut Nr. 57, Renaud Abhandl. Note 80.

47) Man sah (vgl. Glück II S. 528 und die bei ihm Note 75 angef. Schriftsteller) und sieht wohl selbst heutzutage (so z. B. Holzschuher I S. 280 Nr. 3) diese Sachgesammtheiten in dem Sinn als unbeweglich an, daß sie gleich den an sich unbeweglichen Sachen im Proceß von der Caution pro reconventione et expensis befreien.

Sinn) von Immobilien zu den civiliter unbeweglichen Sachen[48]; auch wurden manche an sich bewegliche Sachen nur in Ansehung gewisser Personen als unbeweglich und umgekehrt angesehen[49].

Für unser heutiges Recht ist es gewiß zweckmäßig diese Unterscheidung der Sachen in rechtlich (civiliter) bewegliche und unbewegliche Sachen ganz aufzugeben und an ihre Stelle die einfache Bestimmung zu setzen, daß die fragliche Rechtsnorm auch für diese oder jene Sache zu gelten habe. Im österreichischen Gesetzbuch (§. 293 fg.) finden sich noch manche Spuren der ältern Behandlung. So 1) im §. 295, welcher erklärt daß „Gras, Bäume, Früchte und alle brauchbare Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt, so lange ein unbewegliches Vermögen bleiben als sie nicht von Grund und Boden abgesondert worden sind. Selbst die Fische in einem Teiche und das Wild in einem Walde werden erst dann ein bewegliches Gut, wenn der Teich gefischet und das Wild gefangen oder erlegt worden ist." Diese Bestimmung erklärt sich mit Hilfe des angegebenen Rückblicks auf das ältere deutsche Recht. Nach den Grundsätzen desselben hatten nemlich der Fruchtnießer, der Pächter u. s. f. bei Beendigung ihres Rechtsverhältnisses ein Recht auf die Industrialfrüchte, wenn die größte zu ihrer Gewinnung erforderliche Arbeit bereits geschehen war, ferner auf die Fische im Teiche, auf das Holz im Walde, wenn die regelmäßige Zeit zum Fischen und zum Holzschlag gekommen war; man drückte dieß dahin aus das Holz im Walde, die Fische im Teiche, die Früchte wenn die Egge das Land bestrichen habe u. s. f. seien fahrende Habe, bewegliches Gut, um eben damit auszudrücken, daß der Fruchtnießer, der Pächter u. s. f. und deren Erben welche das unbewegliche Gut bei Beendigung des Verhältnisses herausgeben müssen dennoch jene Früchte u. s. f. noch beziehen dürfen. Diese Grundsätze des ältern deutschen Rechts nun hat das österreichische Gesetzbuch aufgegeben und spricht diese Negation wie im §. 519 so im §. 295

48) In diesem Sinn rechnete man auch die Fische im Teich, das Wild im Wald, die Tauben im Taubenschlag, das zur Vertheidigung eines Grundstücks dienende Geschütz, Schiff und Geschirr, Urkunden u. s. f. als Zubehör des Grundstücks zu den unbeweglichen Sachen; vgl. Renaud in der angef. Abh. S. 94 Note 84. 85, Kreitmayer Anmerkungen II S. 898, Glück II S. 524 fg.

49) So z. B. rücksichtlich des Erwerbers, wenn bewegliche Sachen mit dem Erlös liegender Güter und umgekehrt angeschafft wurden; vgl. Renaud in der angef. Abh. S. 87. Code de procéd. civ. a. 682. 685.

aus[50]. 2) Das österreichische Gesetzbuch zählt das an sich bewegliche Zubehör von Immobilien zu den rechtlich unbeweglichen Sachen und schließt sich hiermit der ältern Auffassung an (§§. 296. 297). Als Zubehör (im weitern unjuristischen Sinn) wird denn auch der Fisch im Teiche und das Wild im Walde bezeichnet[51] und auch von diesem Standpunkte aus erklärt sich die Schlußbestimmung des §. 295. 3) Daß Getraide, Holz, Viehfutter und alle übrigen schon eingebrachten Erzeugnisse in so fern für unbewegliche Sachen gehalten werden (res civiliter immobiles) als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind (§. 296), macht sich darin geltend daß bei Auflösung gewisser Rechtsverhältnisse, wie des Pachts, Nießbrauchs (§. 519. vgl. §. 643) und bei der Restitution der Sachen auf dem Wege des Eigenthumsprocesses (§. 330) auch jene obschon bereits bezogenen Früchte mit herausgegeben werden müssen. Bei Auflösung dieser Rechtsverhältnisse werden also jene obgleich durch die Trennung beweglich gewordenen Sachen als unbewegliche behandelt, d. h. sie müssen gleich der an sich unbeweglichen Sache mit ihr herausgegeben werden.

III. Die Qualität der Beweglichkeit als der Fähigkeit unbeschadet des Wesens eine Veränderung des Raumverhältnisses zu erleiden und der Unbeweglichkeit als des Mangels dieser Fähigkeit kann nur demjenigen zukommen, was im Raume existirt. Die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche bezieht sich daher auf Sachen im eigentlichen Sinn auf körperliche Sachen. Dennoch wird es nothwendig diese Eintheilung auch auf die Vermögensrechte auszudehnen[52], da es häufig vorkommt daß in Beziehung auf ein

50) Ebenso negativ gegen das ältere germanische Recht der Coutumes verhält sich der Cod. Napol. a. 520. 521; vgl. Renaud in der angef. Abh. S. 232. Gerade in dieser Bestimmung des §. 295 a. b. G. B. liegt also ein sehr entscheidendes Argument gegen die neuerlich aufgestellte Behauptung von Weiske (A. G. Z. 1853 Nr. 44—49), daß das österr. Gesetzb. den deutschrechtlichen Grundsätzen über Industrialfrüchte huldige; vgl. unten §. 56 Note 18.

51) Vgl. hierüber unten §. 55 Note 34.

52) Im röm. Recht wird der Ausdruck bewegliche und unbewegliche Sachen nur auf körperliche Sachen bezogen und res mobiles, res soli und nomina debitorum unterschieden; l. 7 §. 4 D. de pecul. (15, 1) l. 15 §. 2 D. de re judic. (42, 1) res mobiles soli et jura l. 2 l. 3 C. de quadr. praescr. (7, 37); vgl. Arndts §. 50 Anm. 2. Im deutschen Recht jedoch wurde schon frühzeitig das gesammte Vermögen, Hab und Gut in liegendes und fahrendes Gut getheilt; vgl. Kraut Grundriß §. 95 Nr. 1, Renaud in der angef. Abhandl. S. 87 fg.

gewiſſes Rechtsverhältniß z. B. Erbſchaft, Schenkung, Dotalverſprechen u. ſ. f. das *geſammte Vermögen*[53] bloß durch bewegliche und unbewegliche Sachen[54] bezeichnet wird, dabei aber für dieſe beiden Gattungen Verſchiedenes feſtgeſetzt wird. Hiernach theilt man auch das geſammte Vermögen einer Perſon in *bewegliches* und *unbewegliches*, *Mobiliar-* und *Immobiliarvermögen*.

So wie bei der Eintheilung der Beſtandtheile des Vermögens in körperliche und unkörperliche Sachen unter den körperlichen Sachen das Eigenthumsrecht verſtanden wird, ſo wird auch hier bei der Eintheilung des geſammten Vermögens in bewegliche und unbewegliche Sachen das Eigenthumsrecht mit ſeinem Object verwechſelt und das *Eigenthumsrecht* als beweglich und unbeweglich anzuſehen ſein, je nachdem der körperliche Gegenſtand des Rechts beweglich oder unbeweglich iſt[55]. Das Eigenthumsrecht an einer Uhr gehört demnach zu dem beweglichen Vermögen, das Eigenthumsrecht an einem

53) Wird nicht das *geſammte* Vermögen durch den Ausdruck bewegliche und unbewegliche Sachen bezeichnet, ſo iſt der gebrauchte Ausdruck immer nur von den körperlichen Sachen zu verſtehen. Vermacht alſo z. B. Jemand einer Perſon alle ſeine beweglichen oder unbeweglichen Sachen, ſo ſind darunter nicht auch die Rechte begriffen. — Wird in einem Teſtament das *geſammte* Vermögen durch den Ausdruck bewegliche und unbewegliche Sachen bezeichnet und die erſteren dem A, die letzteren dem B hinterlaſſen, ſo ſind ſie beide Erben nicht etwa Legatare und es kann auf jene Eintheilung nicht etwa §. 535 a. b. G. B. in Anwendung gebracht werden.

54) Bei dieſer Eintheilung des ganzen Vermögens in bewegliche und unbewegliche Sachen bedeutet Sachen ſo viel als Vermögensbeſtandtheil; vgl. oben §. 45.

55) Darin alſo liegt der Grund, warum das Eigenthumsrecht je nach der Verſchiedenheit des Objects bald zu den beweglichen bald zu den unbeweglichen Rechten zu zählen iſt. Unſere Schriftſteller treffen zwar ebenfalls die gleiche Entſcheidung, allein ſie wollen dieſelbe aus dem §. 298 a. b. G. B. ableiten und damit motiviren, daß „das Eigenthumsrecht mit dem Beſitz des Gutes verbunden ſei;“ vgl. z. B. *Zeiller* II S. 24 fg., *Stubenrauch* I S. 618, *Ellinger* ad §. 298. Es wird ſpäter (ſ. §. 64) gezeigt werden, daß unter „Beſitz“ im §. 298 a. b. G. B. Eigenthum zu verſtehen ſei; dann kommt jene Motivirung darauf hinaus, daß das Eigenthumsrecht an Immobilien unbeweglich ſei, weil es mit dem Eigenthum an Immobilien verbunden iſt! Jene Schriftſteller ſehen die Rechte, welche „mit dem Beſitz einer unbeweglichen Sache verbunden ſind“ als Zubehör derſelben an und ſagen dann (vgl. z. B. *Stubenrauch* I S. 618) „*hierunter* gehört das Eigenthumsrecht einer unbeweglichen Sache:“ alſo zum Zugehör einer Sache gehört das Eigenthumsrecht! Ebenſo merkwürdig iſt die Motivirung *Zeiller's* II S. 23. 24, „das Eigenthumsrecht unbeweglicher Sachen ſei unbeweglich, weil es nur ſo lange als der Beſitz derſelber dauere:“ dann gibt es gar kein bewegliches Eigenthum, weil jedes Eigenthum mit dem phyſiſchen Untergang der Sache (denn das ſoll wohl mit jenem Ausdruck geſagt ſein) aufhört!

Grundstücke zu dem unbeweglichen. Was nun vom Eigenthumsrecht als der totalen rechtlichen Herrschaft über die Sache gilt, muß ebenso von den dinglichen Rechten als der partiellen Herrschaft über die Sache gelten und es werden daher dingliche Rechte zu den beweglichen oder unbeweglichen Rechten zu rechnen sein, je nachdem ihr Object eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist. So gehört z. B. der Nießbrauch an einer Heerde zu dem beweglichen Vermögen, der Nießbrauch an einem Grundstücke zum unbeweglichen Vermögen[56]. Was insbesondere das Pfandrecht anbetrifft, so war man rücksichtlich des Pfandrechts an Immobilien von jeher verschiedener Ansicht. Die Einen[57] sehen es als beweglich an, weil es ein Accessorium der Forderung sei und daher die Qualität dieser annehme, Forderungsrechte aber in der Regel beweglich seien; die Anderen[58] sehen es als ein unbewegliches Recht an, da das Pfandrecht ein dingliches Recht sei, daher seiner Natur nach gleich allen andern dinglichen Rechten als unbeweglich angesehen werden müsse wenn sein Object ein Immobile sei, woran durch die accessorische Qualität nichts geändert werden könne. Die letztere Ansicht dürfte wohl die richtige sein[59] wie

---

56) So hat man dieß stets aufgefaßt (vgl. Renaud in der angef. Abhandl. S. 88, Voëtius Comment. l. 8 §. 20, Kreitmayer Anmerk. II S. 400, Höpfner Comment. §. 343, Schweppe I §. 87, Glück II S. 535 lit. b) und nimmt es in der gemeinrechtlichen Literatur auch heutzutage so (vgl. Sintenis I S. 421 Note 9, Heimbach im R. L. IX S. 475, Wächter II S. 225 lit. b, Arndts §. 50 u. A.). Unsere österreichischen Schriftsteller jedoch (vgl. Zeiller II S. 24, Nippel III S. 29, Winiwarter II S. 14 fg., Stubenrauch I S. 618) sind der Ansicht, daß nach österr. Recht die dinglichen Rechte an Immobilien zu den beweglichen Rechten zu zählen seien und sprechen von einem Unterschied des österr. Rechts vom römischen, der schon deßhalb nicht existirt, weil das römische Recht diese Eintheilung gar nicht kennt (vgl. Note 52). Diese ganz verkehrte Ansicht ist theils aus der unbefriedigenden Fassung des §. 298 a. b. G. B. theils aus der einseitig exegetischen Auffassung desselben hervorgegangen.

57) So Voëtius l. c. §. 27, Kreitmayer II S. 400, Höpfner §. 343 in der Anmerk., Glück II S. 535, Wächter II S. 225 lit. a, Seuffert I §. 59 Nr. 3, Beseler II S. 45 u. A.

58) So z. B. hessischer Entw. Art. 7 und Motive S. 8.

59) Praktisch ist die Frage ohne Bedeutung, da durch die Immobilität des Pfandrechts die verpfändete Forderung selbst nicht zu einem Immobile werden kann (vgl. 299 a. b. G. B., obgleich man freilich auch dieß öfters behauptet, so z. B. Puchta Pandekt. §. 86 lit. b). Wem die Forderung zufällt, dem gehört auch das zu ihrer Bedeckung bestellte Pfandrecht, da dieses bloß ein Accessorium der Forderung ist. Rechnet man also auch die Forderung zum beweglichen Ver-

ſich dieß denn auch darin zeigt, daß zur Beſtellung einer Hypothek ſo wie zum Erwerb eines jeden andern Immobiliarrechts Intabulation nöthig iſt. — Das Recht auf Reallaſten d. h. das der Reallaſt in ihrer Totalität entſprechende Recht iſt als unbeweglich anzuſehen, da das Recht in ſeiner Totalität auf dem Grund und Boden haftet ſomit das Object der rechtlichen Herrſchaft ein Immobile iſt, und es kommt hierbei nicht weiter darauf an ob dieſes Recht zugleich „mit dem Beſitz eines Grundſtücks verbunden“ iſt oder nicht[60]. Daher gehören Grundzinſen (Realrenten reditus reales §. 530 a. b. G. B.)[61], Zehnten[62] u. ſ. f. ſtets zum unbeweglichen Vermögen. Das Recht auf die einzelne bereits fällig gewordene Leiſtung dagegen gehört zum beweglichen Vermögen als die mittelſt einer perſönlichen Klage geltend zu machende Forderung einer Leiſtung[63].

Wohin die Forderungsrechte zu zählen ſeien, darüber herrſchte ſtets Streit. Während die Einen bei jedem Forderungsrechte auf den mittelbaren Gegenſtand desſelben ſehen und je nachdem dieſer eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache iſt das Forderungsrecht ſelbſt zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen rechnen[64], ſtellen

---

mögen und das Pfandrecht an Immobilien zum unbeweglichen Vermögen, ſo fällt doch ſtets Jenem, welcher das bewegliche Vermögen erhält, auch das Pfandrecht zu: wohl, um dieß ſchärfer auszudrücken iſt man darauf verfallen zu ſagen, das Pfandrecht an Immobilien ſei beweglich.

60) Auf dieſen Umſtand wollen unſere Schriftſteller mit Unrecht alles Gewicht legen.

61) Clement. 1 de V. S. Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a jure —. Rigiſches Ridderr. 56 (Kraut §. 95 Nr. 50), Tynſe und Tegeben in den börpen is nene varende have. — Anders iſt es mit den Leibrenten reditus personales vgl. z. B. §. 1284 fg. a. b. G. B., cf. P. Voët. l. c. c. 9. J. Voët. l. c. §. 22—26. Glück II S. 537.

62) Darauf ob Zehenten, Grundzinſe u. ſ. f. ablösbar ſeien oder nicht, kommt es nicht an; doch hat man früher öfters die ablösbaren Renten u. ſ. f. zum beweglichen, die unablösbaren zum unbeweglichen Vermögen gerechnet; vgl. Renaud in der angef. Abh. S. 89. 90, Frankf. Reform. III 3 §. 4.

63) Nürnberg. Reform. (Kraut Nr. 52); vgl. auch Kraut Grundr. §. 95 Nr. 54. — Dieſe Anſicht herrſcht ziemlich allgemein; vgl. Glück II S. 534 und die bei ihm Note 25 citirt. Schriftſteller, Schweppe I §. 87, Wächter II §. 37, Seuffert I §. 59 Nr. 4. Dieſe Anſicht hängt mit der rechtlichen Auffaſſung der Reallaſten innig zuſammen; vgl. hierüber unten §. 68.

64) Gail Observatt. pract. Lib. II. observ. 44 Nr. 10 und andere bei J. Voët. l. c. §. 24 und Wächter II §. 37 Note 55 angef. Schriftſteller; ferner Kreitmayer II S. 400 und der Cod. civ. a. 526 über deſſen Auslegung

Andere die durchgreifende Regel auf daß Forderungsrechte zu den Mobilien zu zählen seien[65]. Diese letztere Ansicht ist im bürgerlichen Gesetzbuch sanctionirt (§. 298)[66]. Es ist dieß aber eben nur eine Auslegungsregel welche im Zweifel zur Anwendung zu kommen hat. Könnte erwiesen werden, daß der Disponent an den mittelbaren Gegenstand des Forderungsrechts dachte d. h. an die Sache, welche Gegenstand der Leistung ist, durch dieselbe beschafft werden soll, so wird hier wohl die Intention des Disponenten entscheiden und das Forderungsrecht zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden, wenn sein mittelbarer Gegenstand ein Immobile ist[67]. Schuldforderungen gelten der Regel nach als beweglich ohne Rücksicht darauf, ob sie verzinslich sind oder nicht[68]; und ebensowenig wird an ihrer Natur dadurch etwas geändert, daß sie mit einem Pfandrecht an Immobilien bedeckt sind[69] (§. 299 a. b. G. B.).

---

jedoch Streit herrscht; vgl. Renaud in der angef. Abhandl. S. 285 fg. und Proudhon Traité du domaine nr. 171 sq.

65) P. Voët. I. c. c. 8 §. 6, J. Voët. l. c. §. 21, Glück II S. 536, Thibaut System §. 178, Kierulff I S. 328, Seuffert I §. 59, Arndts §. 50 u. A. — Man hat diese Ansicht öfters damit zu begründen gesucht, daß quemadmodum persona debitoris mobilis est ac domicilium suo arbitratu transferre potest, etiam actio personalis ossibus personae tantum inhaerens mobilis judicatur velut accessio ejus (J. Voët. l. c.). Ebenso sagt auch Zeiller II S. 22 „Rechte seien im allgemeinen als beweglich anzusehen, weil sie der Person ankleben und mit ihr gleichsam den Ort verändern" und alle unsere Schriftsteller bis auf den neuesten herab haben dieß wörtlich nachgeschrieben. Wie sehr ungenügend Voët's Motivirung sei, hat Wächter Note 53 gezeigt: wie irrig aber der noch viel allgemeinere Ausspruch Zeiller's sei, leuchtet von selbst ein.

66) Gerade diese Ansicht dürfte die weniger richtige sein. Wer mittelst einer persönlichen Klage ein Immobile zu fordern hat, hat sicher dieses als künftigen Gegenstand seines Vermögens im Auge und rechnet es wohl auch schon im vorhinein zu seinem unbeweglichen Vermögen. l. 15 D. de R. I l. 143 D. de V. S. Id apud se quis habere videtur de quo habet actionem: habetur enim quod peti potest. Die öfters dagegen angeführte l. 204 D. de R. I. (Minus est actionem habere quam rem) sagt nichts anderes als daß derjenige besser daran sei der die Sache schon habe, da der Erfolg der Klage ein zweifelhafter sein kann; sie hat somit auf die vorliegende Frage gar keine Beziehung.

67) Vgl. l. 102 pr. D. de leg. III.

68) In den älteren deutschen Rechtsquellen wurde öfters zwischen verzinslichen und unverzinslichen Forderungen unterschieden und erstere wegen ihres höheren Werths für unbeweglich gehalten; vgl. Renaud in der angef. Abh. S. 89. 90 und die bei Phillips I S. 390 Note 7 angef. Stelle.

69) Da die ältere Satzung des deutschen Rechts die Geldforderung absorbirte und sonach nicht bloß als Accessorium, sondern als selbständiges Recht erschien (vgl. Beseler System II §. 95), so geschah es öfters, daß man hypothe-

Klagen theilen die Natur des Rechts zu deſſen Geltendmachung ſie beſtimmt ſind, ſie tragen den Charakter des Rechts aus welchem ſie entſpringen: die Rechte ſind die Mütter der Klagen wie Theophilus ſagt. Daraus ergibt ſich, daß je nachdem das Recht ſelbſt zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu zählen iſt, auch die Klage, das Rechtsmittel, zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu rechnen ſein wird. Dieß zeigt ſich insbeſondere bei den Forderungsrechten, da dieſe recht eigentlich in der Klage ihren Stützpunkt haben. Ebenſo iſt es mit den Klagen aus dinglichen Rechten: die Vindicationsklage z. B. wird daher bald zu dem beweglichen bald zu dem unbeweglichen Vermögen zu rechnen ſein, je nachdem ihr Gegenſtand eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache iſt[70]. Wenn alſo A ſtirbt und dem B ſein bewegliches dem C ſein unbewegliches Vermögen hinterläßt, ſo wird C zur Anſtellung reſpective Fortſetzung der Vindicationsklage berechtigt ſein wenn der Gegenſtand der Klage ein Immobile iſt[71]. — Die Erbrechtsklage iſt zunächſt ſo wenig wie das Erbrecht ſelbſt[72] in der Eintheilung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches begriffen. Denn das Erbrecht iſt das Recht, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit eines Verſtorbenen zu repräſentiren und die Erbrechtsklage (hereditatis petitio) geht zunächſt auf Anerkennung dieſes Repräſentationsverhältniſſes. Erſt

---

cirte Schuldforderungen als unbewegliches Gut anſah (Schwabenſp. 168). Im heutigen Recht, wo die Hypothek den Charakter des Acceſſoriums hat, verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Natur der Forderung durch die Qualität des Acceſſoriums nicht geändert werden kann.

70) l. 15 D. de R. I. Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur. l. 52 D. de A. R. D. Rem in bonis nostris habere intelligimur quotiens — amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

71) So wird dieſer Fall auch ganz allgemein von den gemeinrechtlichen Schriftſtellern entſchieden; vgl. z. B. Glück II S. 535. 536. Unſere Schriftſteller jedoch ſtellen ohne Ausnahme (vgl. z. B. Stubenrauch I S. 620 Nr. 5) die Anſicht auf „Klagen müßten, da das Geſetz nichts Beſonderes in Anſehung derſelben verfüge, wie die übrigen Rechte behandelt werden und ſeien alſo nur dann als unbewegliche Sache anzuſehen, wenn ſie mit dem Beſitz eines unbeweglichen Gutes verknüpft ſeien.“ Hiernach iſt die Eigenthumsklage, da ſie gerade zu ihrer Vorausſetzung den Mangel des Beſitzes hat, ſtets zu den beweglichen Sachen zu rechnen! Das Geſetzbuch braucht aber „nichts Beſonderes in Anſehung der Klagen zu verfügen,“ weil ſich deren Behandlung aus ihrer Natur von ſelbſt ergibt.

72) Auch darin irren unſere Schriftſteller, wenn ſie wie z. B. Zeiller II S. 24, Stubenrauch I S. 620 u. A. lehren das Erbrecht ſei ſtets beweglich: dieſer Irrthum geht aus der Verkennung des Weſens des Erbrechts hervor.

mittelbar führt die siegreich angestellte hereditatis petitio zu vermögensrechtlichen Objecten und diese sind es deren Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit nach den gewöhnlichen Bestimmungen zu beurtheilen ist. Stirbt daher der A und vermacht dem B sein bewegliches dem C sein unbewegliches Vermögen und findet sich im Nachlaß eine Erbrechtsklage (l. 3 D. de H. P. 5, 3), so steht sie beiden Erben gemeinschaftlich zu und was durch sie erlangt wird ist nach der Qualität der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit unter B und C zu theilen[73].

Die Bestimmung über die Eintheilung der Rechte in bewegliche und unbewegliche, welche das österr. Gesetzbuch im §. 298 trifft, ist durchaus ungenügend. Einerseits ist die Regel viel zu allgemein hingestellt, andererseits die davon gemachte Ausnahme ganz überflüssig. Was ist unter Rechten zu verstehen „die mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden sind?" Unter ihnen kann man zunächst jene Rechte verstehen welche für sich allein bestehen könnten, die aber mit einem Grundstücke dergestalt verbunden sind, daß sie dem jeweiligen Eigenthümer desselben zustehen, also die s. g. deutschen Realrechte wie radizirte Gewerbsrechte, Patronatsrechte u. s. f.; ferner können jene Rechte darunter begriffen sein welche für sich allein gar nicht bestehen könnten, wie die Realservituten. Diese beiden Arten von Rechten bilden aber nur eine juristische Qualität des Grundstücks (vgl. unten §. 64) und kommen selbständig so wenig in Betracht wie die natürlichen Qualitäten des Grundstücks z. B. die gesunde Lage, die schöne Aussicht. In beiden Beziehungen ist somit jene Bestimmung des bürgerl. Gesetzbuchs überflüssig, im Verhältniß der Ausnahme zur Regel aber viel zu eng. Überflüssig, weil es überhaupt und daher auch bei der Eintheilung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches gar nie in Frage kommen kann, wohin jene Rechte zu zählen seien, da sie als juristische Qualitäten (conditio fundi) immer demjenigen zufallen müssen dem das Grundstück selbst zufällt. Zu eng, weil es unrichtig ist daß alle übrigen Rechte beweglich seien, da man doch z. B. vom Eigenthumsrechte an einem Immobile einerseits nichts sagen kann es sei beweglich und andererseits nicht behaupten kann es sei ein Recht „welches mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden ist."

73) Diese Entscheidung trifft auch J. Voët. l. c. §. 19.

B. Verbrauchbarkeit der Sachen[1].

§. 49. Der Begriff der Verzehrbarkeit oder Verbrauchbarkeit, als der phyſiſchen Eigenſchaft der Sachen durch ihre naturgemäße Verwendung zur Befriedigung menſchlicher Bedürfniſſe in ihrer phyſiſchen Exiſtenz vernichtet oder doch in ihrer Integrität angegriffen zu werden, kann in dieſer ſeiner Allgemeinheit nicht als Eintheilungsgrund der Sachen dienen. Denn alle Sachen werden allmälig durch den Gebrauch in ihrer Exiſtenz und Integrität angegriffen: ſie alle ſind abnützbar. Soll alſo dennoch der Begriff der Verbrauchbarkeit eine beſondere Eigenſchaft gewiſſer Sachen bedeuten, ſo muß er in einer engeren Bedeutung genommen werden. Die nota specialis liegt nun darin, daß gewiſſe Sachen ihre gewöhnliche Beſtimmung nur durch ſofortige gänzliche Zerſtörung oder ſofortige merkliche Verringerung ihrer Subſtanz erfüllen können[2]. Von ſolchen Sachen welche den gewöhnlichen Nutzen nur dadurch gewähren, daß ſie in ihrer Subſtanz gänzlich zerſtört[3] oder doch in ihrer Integrität merklich verletzt werden, pflegt man zu ſagen,

---

1) Schuſter Über den Begriff der verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen. Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1835 I Nr. I S. 1—43. (Ein breiter unbefriedigender Aufſatz).

2) Es kann für den Unterſchied zwiſchen verbrauchbaren und unverbraucharen Sachen nur auf den Grad der Abnützbarkeit ankommen und es werden daher nur jene Sachen verbrauchbare genannt werden können, welche durch den jedesmaligen Gebrauch einen merklichen weſentlichen Verluſt an ihrer Subſtanz erleiden, unverbrauchbare dagegen jene welche erſt durch den allmäligen Gebrauch einen ſolchen Verluſt erleiden. Minder richtig ſcheint es zu ſein, wenn Wächter II S. 218 und Note 36 das entſcheidende Merkmal der Verbrauchbarkeit darin finden will, daß gewiſſe Sachen durch einmaligen Gebrauch vernichtet werden; denn Kerzen, Salben u. ſ. f. werden nicht ſtets auf einmal verbraucht, aber man kann ſie auch nicht ein einzigesmal gebrauchen ohne daß ſie in ihrer Subſtanz einen merklichen Verluſt erlitten. — Aus der gegebenen Begriffsbeſtimmung folgt von ſelbſt, daß nur bewegliche Sachen verbrauchbar ſein können.

3) Der Ausdruck „zerſtört" (§. 304 a. b. G. B.) bezeichnet die objective Seite dieſes Verhältniſſes, nemlich überhaupt das Zugrundegehen einer Sache; der Ausdruck „verzehrt" dagegen umfaßt zugleich die ſubjective Beziehung, nemlich die Verwendung der zu Grunde gerichteten Sache zur Befriedigung des Bedürfniſſes, überhaupt die Zerſtörung in Beziehung auf den Zerſtörenden (ſo z. B. ſagt man figürlich das Feuer habe die Sache verzehrt). Daher iſt der letztere Ausdruck der eigentlich techniſche für die in Rede ſtehende Eigenſchaft der Sachen: man nennt deßhalb dieſe Sachen „verzehrbare" nicht „zerſtörbare," weil z. B. Eßſachen welche durch Fäulniß zu Grunde gehen zwar zerſtört aber nicht verzehrt ſind. Verzehren im engern Sinn endlich bezieht ſich nur auf Eß- und Trinkſachen.

ſie ſeien res quae usu consumuntur (tolluntur) aut minuntur res quae in abusu continentur[4] und nennt ſie κατ' ἐξοχήν verzehrbare verbrauchbare conſumtible Sachen (§. 301 a. b. G.B.). Daher gehören z. B. Eßſachen, Brennholz u. ſ. w. zu den verbrauchbaren Sachen, da ſie wenn ſie ihrer Beſtimmung gemäß verwendet werden ſofort vernichtet werden; ebenſo Kerzen, Salben u. ſ. w. weil ſie durch den ordnungsmäßigen Gebrauch in ihrer Integrität verletzt werden. Dagegen gehören Kleider zu den unverbrauchbaren Sachen, weil ſie durch den ordnungsmäßigen Gebrauch zwar allmälig abgenützt werden, aber nicht durch den jedesmaligen Gebrauch in ihrer Integrität merklich angegriffen zu werden brauchen[5]. Eben daher gehören auch Geldſtücke als ſolche zu den natürlich unverbrauchbaren Sachen, obgleich ſie durch fortgeſetzten Gebrauch allmälig abgenützt werden können[6].

Aus dem Geſagten ergibt es ſich, daß die Verbrauchbarkeit eine rein natürliche phyſiſche Eigenſchaft beweglicher Sachen iſt. Für das Rechtsgebiet hat dieſe natürliche Eigenſchaft nur in ſo fern Intereſſe als ſie die Grundlage einer juriſtiſchen Eigenſchaft der Sachen nemlich ihre Vertretbarkeit bildet. Denn Sachen welche verbrauchbar ſind, ſind ihrer Natur nach d. h. ohne daß es einer beſondern Verabredung bedarf vertretbar, weil es bei ihnen in juriſtiſcher Beziehung nicht auf das ephemere der Zerſtörung preisgegebene Individuum, ſondern auf das bleibende Genus ankommt, und wenn verbrauchbare Sachen als ſolche den Gegenſtand eines Rechtsgeſchäfts ausmachen, ſo müſſen dieſe Rechtsgeſchäfte von ſelbſt in jener Art aufgefaßt werden, welche die Beſchaffenheit des Gegenſtandes mit Nothwendigkeit herbeiführt[7]. Daher kann aber auch durch Privat-

4) §. 2 I. de usufr. (2, 4) — quae ipso usu consumuntur, quo numero sunt vinum oleum frumentum. Ulp. Fragm. XXIV. 27 D. de usufr. ear. rerum quae usu consumuntur vel minuuntur (7, 5).

5) Daher können Kleider ausgeliehen (l. 5 §. 8 D. commod. 13, 6) vermiethet werden (§. 5 I. de loc. et conduct. 3, 25) und es iſt ein wahrer ususfructus an ihnen möglich (l. 15 §. 4. 5 D. de usufr. 7, 1 l. 9 §. 3 D. quemadm. usufr. cav. 7, 9). Mit Unrecht rechnet Böcking I S. 268 die Kleidungsſtücke zu den verbrauchbaren Sachen und tritt dadurch in Widerſpruch mit dem von ihm ſelbſt S. 267 Note 1 Entwickelten.

6) §. 2 I. de usufr. (2, 4) — pecunia numerata — in ipso usu permutatione adsidua quodammodo exstinguitur.

7) Daher können verbrauchbare Sachen als ſolche nicht Gegenſtand von

dispoſition hier manches geändert werden. Es kann nemlich durch Privatwillkür einer an ſich verbrauchbaren Sache dieſes Kriterium entzogen und umgekehrt einer an ſich unverbrauchbaren Sache dieſes Kriterium der Verbrauchbarkeit beigelegt werden. Wenn man nemlich Sachen, welche nur durch ihre Aufzehrung den ordentlichen Nutzen gewähren, d. h. ihre gewöhnliche naturgemäße Beſtimmung erfüllen, eine andere Beſtimmung gibt, zu deren Erreichung ſie nicht aufgezehrt zu werden brauchen, ſo werden die an ſich verbrauchbaren Sachen für dieſes concrete Rechtsverhältniß als unverbrauchbar behandelt d. h. ſie kommen in juriſtiſcher Beziehung nicht als vertretbare ſondern als unvertretbare Sachen in Betracht[8]. Umgekehrt kann man bei einer an ſich unverbrauchbaren Sache ihre endliche Abnützung vor Augen haben und ſie in einem concreten Rechtsverhältniß als verbrauchbar behandeln, d. h. die Sache wird als eine vertretbare angeſehen und behandelt[9].

Zu den verbrauchbaren Sachen rechnet man gewöhnlich auch das Geld (z. B. §. 983. §. 992 a. b. G. B.), da das Geld als allgemeines Tauſchmittel um dieſer ſeiner Beſtimmung gemäß verwendet zu werden ausgegeben, veräußert werden muß. Mit dieſer Veräußerung hört es aber für den Veräußerer zu exiſtiren auf[10]: er hat mit

---

Rechtsgeſchäften ſein welche auf die Rückgabe in specie gerichtet ſind, weil eben die species verbraucht, vertilgt werden muß, wenn die verbrauchbare Sache ihre gewöhnliche Beſtimmung erfüllen ſoll. Es kann daher an conſumtiblen Sachen als ſolchen kein Commodat (§. 974 a. b. G. B.) kein wahrer Nießbrauch (§. 510 a. b. G. B.) ſtattfinden; werden verbrauchbare Sachen als ſolche Jemanden zum Gebrauch übergeben, ſo muß die Abſicht dahin gerichtet ſein, daß der Empfängrr an ihnen Eigenthum erwerbe (§. 983. §. 1227 a. b. G. B.).

8) Dann und in ſo fern können daher an ſich verbrauchbare Sachen auch Gegenſtand eines Commodats und eines wahren Uſusfructus ſein; l. 3 §. 6 D. commod. (13, 6) Non potest commodari id quod usu consumitur nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. l. 4 eod.

9) Daher kann auch an Kleidern ein quasi ususfructus beſtellt werden §. 2 l. de usufr. (2, 4) l. 22 i. f. C. de admin. tut. (5, 27). Dieſe Stellen haben wegen ihres ſcheinbaren Widerſpruchs mit den in Note 5 angeführten bekanntlich ſchon von den Gloſſatoren an lebhafte Controverſen veranlaßt (vgl. Glück IX S. 392 fg.); das Nähere in der Lehre vom Nießbrauch.

10) Es wird hier ſomit die ſubjective Seite ganz beſonders betont, indem nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch jedes Veräußern einer an ſich unverbrauchbaren Sache, wodurch dieſe für den Veräußerer zu exiſtiren aufhört, ein Verzehren, Conſumiren derſelben genannt wird (vgl. Dirkſen Manuale latinitatis s. v. consumere) ſ. Wächter II S. 220 und Note 38. Daher gilt das Geld auch als verzehrt, wenn die Geldſtücke durch Vermiſchung mit andern Geldſtücken des Empfän-

dem Hintangeben des Geldes dasselbe verzehrt [11]. Wo immer das Geld in dieser Qualität als allgemeines Tauschmittel den Gegenstand eines Rechtsgeschäfts ausmacht [12], gilt daher für dasselbe das früher in Ansehung der verbrauchten Sachen überhaupt Ausgeführte [13]. Diese Verzehrbarkeit des Geldes ist selbstverständlich keine natürliche Qualität desselben, sondern eine juristische, nemlich die Vertretbarkeit desselben [14] und es hat dieß wohl am meisten dazu beigetragen die zwei Begriffe Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit für identisch zu halten, wie es die ältere Doctrin that und dieser folgend das österreichische Gesetzbuch.

C. Individuelle und Gattungssachen. Vertretbarkeit.

§. 50. Sachen welche nach bestimmten Merkmalen und Eigenschaften, die ihnen eigenthümlich sind und sie von andern Sachen unterscheiden, bestimmt sind heißen Individuen (Einzelheiten, species, corpora, certa corpora). Sind die Sachen nicht individuell bestimmt, sondern sind sie bloß nach Gattungsmerkmalen also nach Merkmalen, die allen Sachen dieser Gattung in gleicher Weise zukommen, bestimmt, so heißen sie Gattungssachen (genus im weitern Sinn [1]).

Die Gattungssachen im weitern Sinn begreifen in sich 1) Quantitäten [2] d. h. Sachen bei welchen die Unterscheidung der Indivi-

---

gers (l. 78 D. de solut. 46, 3) oder durch Erwerbung von Seiten eines bona fide Empfängers (§. 371 a. b. G. B.) für den bisherigen Eigenthümer aufhören juristisch zu existiren, da solche nummi accipientis fiunt. Vgl. Sintenis I S. 438, Böcking §. 76 Note 4.

11) Das ausgegebene Geld ist verzehrt, nummi consumti; den Gegensatz bilden die nummi exstantes nummi integri; vgl. die Stellen bei Böcking a. a. O.

12) Kommen die Geldstücke als species (corpora nummorum) in Betracht, so sind sie natürlich unverbrauchbar und können daher commodirt (l. 4 D. commod. 13, 6) vindicirt werden (l. 44 §. 2 i. f. D. de R. C. 12, 1) und den Gegenstand eines wahren ususfructus bilden (l. 28 D. de usufr. 7, 1).

13) Sie sind daher Gegenstand eines Darleihens (§. 983 a. b. G. B.) und eines Quasi-Usufructus §. 2 I. de usufr. (2, 4) §. 540 a. b. G. B.

14) Die Geldstücke kommen nemlich nicht als Species sondern als Quantitäten in Betracht. Vgl. Böcking I S. 268.

1) l. 54 pr. de V. O. l. 6 D. de R. V.

2) Manche Schriftsteller (z. B. Zasius in §. 30 I. de act. nr. 17. 18, Buchholz Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts (S. 17 fg.) wollen den Ausdruck Quantitäten bloß auf Geld beziehen; s. aber dagegen Savigny VI S. 123 Note a. b.

duen innerhalb einer gewiſſen Gattung vollkommen gleichgiltig iſt, weil die Individuen dergeſtalt gleicher Beſchaffenheit und gleichen Werthes ſind daß das eine das andere vertritt. Bei ſolchen Sachen kommt es daher im Verkehr nur auf Zahl, Maß oder Gewicht an (res quae pondere numero mensura constant)[3]. Iſt bei Sachen dieſer Art die Quantität und Qualität bekannt (z. B. vier Eimer Tokaier Wein aus dem Jahr 1840, 300 Stück Ducaten), ſo iſt damit der Gegenſtand des Forderungsrechts genau beſtimmt und die Forderung ſelbſt eine certa, weil eben das Individuum vollkommen gleichgiltig iſt (communi specie continentur)[4]. 2) Gattungsſachen (genera) im engern eigentlichen Sinn d. h. einzelne nicht individuell beſtimmte ſondern bloß nach Gattungsmerkmalen bezeichnete Sachen welche noch erſt auszuwählen ſind, z. B. ein Pferd ein Hund[5]. Hier iſt das Individuum durchaus nicht gleichgiltig, da die zur ſelben Gattung gehörenden Individuen von ungleicher Beſchaffenheit und verſchiedenem Werth ſind, daher die Forderung ſo lange incerta iſt bis nicht aus der Gattung das beſtimmte Individuum gewählt wurde[6]. In dieſem Sinne bildet alſo genus den Gegenſatz zur quantitas und in dieſem engern Sinn wird der Ausdruck genus gewöhnlich genommen[7]. Die Grenze des Begriffs der Gattung iſt eine fließende, da der Umfang des Gebiets aus welchem das Individuum zu wählen iſt ein verſchiedener ſein kann. Daher ſpricht man von reinem genus wenn das Gattungsmerkmal allein die Grenze bildet z. B. ein Pferd, und von beſchränktem genus wenn noch andere Merkmale beigefügt ſind z. B. ein Pferd aus meinem Geſtüte (alternativ[8]).

3) Vgl. die Stellen bei Schilling Inſtitut. II §. 64 Note e und bei Wächter Handb. II §. 88 Note 4.

4) l. 74 D. de V. O. Stipulationum quaedam certae sunt quaedam incertae. Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit ut ecce aurei decem — tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.

5) Der Ausdruck genus bezeichnet alſo nicht die ganze Gattung, welche als ſolche niemals Gegenſtand eines Rechtsverhältniſſes ſein kann, ſondern die aus der Gattung auszuwählenden Sachen. Vgl. Savigny Oblig. R. I S. 399.

6) l. 75 D. de V. O. vgl. Puchta Vorl. I S. 76. 77.

7) In der Marginalrubrik zu §. 656 fg. a. b. G. B. wird Gattung im weitern Sinn gebraucht (wie in l. 83 §. 5 D. de V. O.); im §. 658 a. b. G. B. aber wird die Gattung im engern Sinn der Quantität entgegengeſetzt.

8) Vgl. Savigny Obl. R. I S. 400. So iſt das Vermächtniß im Falle des §. 656 a. b. G. B. ein alternatives, im Fall des §. 658 a. b. G. B. ein rein generiſches. Dieſer Unterſchied iſt praktiſch wichtig, weil bei einem reinen genus

Gattungssachen und Quantitäten sind Begriffe welche nur für obligatorische Verhältnisse von Bedeutung sind[9]. Bei einem Forderungsrecht handelt es sich nemlich zunächst nur um eine Leistung nicht um eine Sache; mag also immerhin das zu leistende Individuum noch unbestimmt sein, so verschlägt dieß nichts wenn nur die Leistung selbst individuell bestimmt ist[10]. Dingliche Rechte dagegen sind Rechte, welche unmittelbar an einer Sache bestehen, auf und an ihr haften: solange die Sache nicht individuell bestimmt und fixirt ist, kann ein dingliches Recht aus Mangel des Objects nicht bestehen[11]. Daher kann an Quantitäten und Gattungssachen als solchen weder Eigenthum noch sonst ein dingliches Recht stattfinden, sondern nur an den Individuen deren Summe die Quantität ausmacht oder welche aus der Gattung gewählt worden sind[12].

Man nennt Sachen fungibel[13], wenn dieselben in einem bestimmten Rechtsverhältnisse als solche gleichgiltig sind, somit bloß ein generisches Interesse haben und daher durch beliebige andere In-

---

der Untergang aller species nicht leicht möglich ist, während derselbe bei alternativen Obligationen und Vermächtnissen häufig eintreten wird und dann (dafern er casuell ist) die Befreiung des Schuldners nach sich zieht; l. 30 §. 5 D. ad leg. Falc. (35, 2). Vgl. Savigny Obl. R. I §§. 38. 39, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I §. 6; das Nähere im besondern Theil.

9) Vgl. insbesondere Buchholtz a. a. O. S. 15 fg. und Wächter Handb. II S. 232.

10) Nur darf die Gattung nicht so weit gefaßt werden, daß selbst ganz werthlose Sachen darunter fallen könnten, weil dann die Obligatio ihr vermögensrechtliches Interesse verlöre; z. B. das Versprechen irgend ein Thier zu geben, da der Verpflichtete auch ein Insect zu geben berechtigt wäre; vgl. l. 94 l. 111 pr. D. de V. O. l. 71 pr. D. de leg. I.

11) So wie in Ansehung noch nicht existirender Sachen wohl Forderungsrechte bestehen können nicht aber dingliche Rechte (vgl. oben § 45), so verhält es sich auch rücksichtlich der quantitates et genera. Die ältere Doctrin mischte hier häufig ihren unrichtigen Begriff unkörperlicher Sachen ein (vgl. §. 45 Note 28) und meinte bei Forderungsrechten auf Quantitäten und Gattungssachen sei der Gegenstand des Rechts eine unkörperliche Sache (die Quantität resp. das genus), so z. B. Glück II S. 514. 515; s. dagegen Wächter Handb. II S. 233.

12) Deßhalb kann man Quantitäten z. B. eine Summe Geldes nicht vindiciren, sondern bloß condiciren (l. 19 §. 2 D. de cond. ind. 12, 6), während die einzelnen Geldstücke, welche die Summe ausmachen, allerdings unter Umständen vindicirt werden können (l. 46 D. eod.). Ebensowenig können genera vindicirt werden l. 6 D. de R. V. — Bei einem Darleihen wird man nicht Eigenthümer der Summe oder der Quantität, sondern der einzelnen Individuen u. s. f.

13) Über die Bildung dieses barbarischen Ausdrucks vgl. Savigny VI S. 123 Note a. Cod. Nap. a. 1291 choses fongibles.

dividuen derſelben Gattung vertreten werden können (in genere suo funetionem recipiunt l. 2 §. 1 D. de R. C. daher der Ausdruck vertretbare[14] Sachen). Manche Sachen ſind ſchon ihrer Natur nach vertretbar d. h. es kommt ſchon im gewöhnlichen Verkehr nicht auf das Individuum an, ſondern es handelt ſich nur darum Stücke einer gewiſſen Gattung in einer beſtimmten Quantität zu erhalten. Daher ſind Quantitäten im Zweifel als vertretbar anzuſehen; ebenſo ſind alle verbrauchbaren Sachen ihrer Natur nach und im Zweifel als vertretbar zu behandeln, da eben die phyſiſche Verbrauchbarkeit der Individuen die einzelne Species im juriſtiſchen Sinn als gleichgiltig erſcheinen läßt. Alle andere Sachen ſind ihrer Natur nach nicht vertretbar d. h. es kommt im gewöhnlichen Verkehr gerade auf das beſtimmte Individuum an; ſie haben ein ſpecielles kein bloß generiſches Intereſſe und wenn in einem Rechtsverhältniſſe ein Individuum zum Gegenſtand desſelben gemacht worden iſt, ſo kann nicht willkürlich an die Stelle desſelben ein anderes wenngleich zur ſelben Gattung gehöriges Individuum geſetzt werden[15]. Durch Privatdispoſition kann aber hieran manches geändert werden. Die Betheiligten können nemlich für ihr concretes Rechtsverhältniß 1) Sachen als vertretbar behandeln welche ihrer Natur nach unvertretbar ſind, d. h. ſie können feſtſetzen, daß das Individuum als ſolches gleichgültig ſei und durch andere derſelben Gattung erſetzt werden könne[16]. Sie können umgekehrt 2) Sachen welche an ſich ihrer Na-

14) Dieſer Ausdruck, welcher von Zachariä gebildet wurde und ſeither von den meiſten Schriftſtellern gebraucht wird, wird vermieden von Puchta Vorleſ. I S. 77, mißbilligt von Savigny VI S. 124 Note b „da alle Sachen einer Vertretung durch Geldentſchädigung empfänglich ſind" (vgl. Arndts Pandekt. §. 54 Anmerk. 1). Allein es iſt nicht abzuſehen, warum der Ausdruck „vertretbar" nicht techniſch für jene Sachen fixirt werden ſolle, welche nicht nur wie alle andere Sachen einer Vertretung durch Geldentſchädigung, ſondern einer Vertretung durch andere Individuen der gleichen Gattung empfänglich ſind.

15) l. 2 §. 1 D. de R. C. — nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

16) So z. B. können Exemplare eines Buchs, Kleidungsſtücke u. ſ. f. als vertretbar behandelt werden; ebenſo unverarbeitetes Metall, welches an ſich unverbrauchbar iſt (l. 34 D. loc. 19, 2 pr. I. quib. mod. re contr. obl. 3, 14) u. a. m. — Zu weit geht wohl Wächter (S. 228 und 234 Note 12), wenn er den Begriff Gattungsſache mit dem Begriff Vertretbarkeit identificirt. Denn das charakteriſtiſche Merkmal der Vertretbarkeit beſteht darin, daß das beſtimmte Individuum als ſolches bloß ein generiſches Intereſſe hat und daher an die Stelle des beſtimmten Individuums beliebig ein anderes (aliud pro alio) geſetzt werden

tur nach vertretbar sind als unvertretbar behandeln, indem es ihrem Willen zufolge gerade auf das fragliche Individuum ankommen soll, dieses also nicht bloß ein generisches Interesse hat sondern von specieller Bedeutung ist[17].

In früherer Zeit hielt man häufig die beiden Begriffe Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit der Sachen für identisch[18]. Auch die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs scheinen dieser Ansicht gewesen zu sein, da sie bloß den Begriff der Verbrauchbarkeit aufstellten (§. 301 a. b. G. B.) und hiermit auch den Begriff der Vertretbarkeit erschöpft zu haben glaubten[19]. Allein diese Identificirung ist ganz unrichtig und kann leicht auch zu unrichtigen Folgerungen führen[20]. Allerdings ist jede verbrauchbare Sache auch vertretbar, aber nicht umgekehrt ist jede an sich vertretbare Sache auch verbrauchbar; so z. B. sind Nägel, Nadeln, Bretter u. s. w. vertretbare, nicht aber verbrauchbare Sachen und noch weniger ist die der Verabredung gemäß als vertretbar zu behandelnde Sache deßhalb auch eine an sich ver-

kann. Die bloße Auswahl behufs der Individualisirung jedoch kann die Vertretbarkeit nicht constituiren; der generisch Verpflichtete kann zwar unter den Sachen der Gattung wählen, aber das ausgewählte Individuum hat sein specifisches Interesse und kann nicht beliebig durch ein anderes ersetzt werden.

17) So z. B. können Geldstücke deponirt (l. 24 D. depos. 16, 3), ausgeliehen werden (l. 4 D. commod. 13, 6); seltene Eßwaaren können verliehen werden (ad pompam vel ostentationem), ein Klumpen californischen Goldes hat ein specielles Interesse u. s. f.

18) Vgl. z. B. statt Aller Glück Bd IX S. 172; s. hierüber auch Buchholtz a. a. O. S. 24. 25. Thibut warnte schon in älteren Auflagen seines Systems (z. B. in der 3. Aufl. 1809 §. 261) vor dieser Verwechslung. Heutzutage wird der Unterschied zwischen Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit allgemein anerkannt z. B. Schweppe I §. 90, Wächter II S. 284, Puchta Pandekt. §. 36, Schilling II §. 61. Wenn aber Schilling Note m (dem auch hierin Heimbach im Rechtsler. Bd IX S. 497 Note 190 fast wörtlich folgt) meint, „das Darlehen gehe nur auf vertretbare Sachen, der quasi ususfructus dagegen auch auf verbrauchbare, daher Kleider wohl Gegenstand des Letzteren, nicht des Ersteren sein können," so ist dieß ganz unrichtig, da sicher auch an verbrauchbaren Sachen ein Darlehen möglich ist z. B. an Getraide, Öhl u. s. w. (pr. I. quib. mod. re contr. oblig. 3, 14) so wie an vertretbaren Sachen ein quasi ususfructus.

19) Vgl. Zeiller II S. 27.

20) Unsere neueren österreichischen Schriftsteller sind der richtigen Ansicht daß, wie sie sich ausdrücken, „streng genommen" zwischen verbrauchbaren und vertretbaren Sachen unterschieden werden müsse. Wenn sie aber (vgl. z. B. Winiwarter II S. 19, Stubenrauch I S. 621) beispielsweise anführen, daß Exemplare eines Druckwerks für den Buchhändler eine „verbrauchbare," für den Leser eine „unverbrauchbare" Sache seien, so scheint dieß zu beweisen, daß sie sich jenen Unterschied noch immer nicht vollständig klar gemacht haben.

brauchbare z. B. Kleider, Bücher, Diamanten. Da nun die Verbrauchbarkeit bloß eine natürliche Eigenſchaft der Sache iſt, welche für das Rechtsgebiet nur in ſo fern Intereſſe haben kann als ſie die Grundlage einer juriſtiſchen Eigenſchaft der Sachen, nemlich ihrer Vertretbarkeit iſt, ſo wird man wohl berechtigt ſein in allen Fällen, in denen das bürgerliche Geſetzbuch von verbrauchbaren Sachen ſpricht, an jene Qualität der Sache zu denken, welche ein juriſtiſches Intereſſe hat, d. h. es iſt unter der Verbrauchbarkeit reſp. Unverbrauchbarkeit von der das bürgerliche Geſetzbuch ſpricht die juriſtiſche Qualität der Vertretbarkeit reſp. Unvertretbarkeit zu verſtehen [21].

D. Theilbarkeit der Sachen [1].

§. 51. Es iſt für manche Rechtsverhältniſſe von großer Wichtigkeit und von praktiſcher Bedeutung ob eine Sache theilbar ſei oder

21) So z. B. iſt im §. 971 a. b. G. B. unter der „unverbrauchbaren" Sache, welche Gegenſtand des Leihvertrags ſein ſoll, ſicher die Unverbrauchbarkeit im juriſtiſchen Sinn d. h. die Unvertretbarkeit zu verſtehen, da doch wohl Niemand daran zweifeln wird, daß man auch Eßſachen z. B. eine ſeltene Ananas, Geldſtücke u. ſ. f. (ad pompam vel ostentationem) commodiren könne. Ebenſo können ſicher auch Pfunde Goldes, Centner von Silber u. ſ. f. Gegenſtand eines Darleihens ſein, obwohl ſie an ſich und naturaliter unverbrauchbare Sachen ſind (§. 983 a. b. G. B.). In gleicher Weiſe iſt im §. 1227 a. b. G. B. an die Vertretbarkeit der Sachen zu denken. — Den entgegengeſetzten Weg ſchlägt Schuſter in der im vorhergehenden § Note 1 angeführten Abhandlung ein; er legt bei allen auf den §. 304 folgenden Paragraphen, in denen von verbrauchbaren Sachen geſprochen wird, auf die natürliche Qualität der Sachen das ganze Gewicht, unterſucht in weitläufiger Weiſe, ob die betreffende Sache nur durch Zerſtörung und Verzehrung den ordentlichen Nutzen gewähre und kommt zu dem Reſultat (S. 9 fg.), daß an natürlich unverbrauchbaren Sachen kein Darlehen möglich ſei. So ſoll nach Schuſter's Anſicht unverarbeitetes edles Metall z. B. ein Pfund Silber, ein Loth Goldes, nicht Gegenſtand eines Darlehens ſein können; ja hiernach ſind Quantitäten, die aus unverbrauchbaren Sachen beſtehen z. B. ein Pfund Nägel, Nadeln u. ſ. f. überhaupt nicht Gegenſtand eines Darlehens; ſ. dagegen pr. l. cit. Mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro —. l. 2 §. 1 D. de R. C. l. 34 D. loc. (19, 2) — rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur — aut ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur ut vasa fierent, aut aurum ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri.

1) Buchholtz Verſuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts (1834) Abhandl. IV Über die Theilbarkeit der Sachen und Rechte S. 47—64, Warnkönig Über theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte Rechte in Roßhirt's Zeitſchr. III S. 66—92, Wächter Über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte im Archiv für civiliſt. Prax. Bd XXVII

…ell (natürlich) theilbar im juristischen …achen, welche ohne Zerstörung ihres …trächtliche Verminderung ihres …Einheit in die Mehrheit zerlegt … Theile welche auf diese Art entstehen sind …en gleich[6]; sie bilden selbst Ganze von der…nfterem Umfang[7]. In jedem abgetrennten …Eigenschaft des Ganzen[8]; wo dieß nicht der …getrennte keinen Theil des Ganzen in diesem …icht getheilt worden wenn seine Theile dessen …tragen[9]. Daher sind z. B. Fenster, Balken, …ren, Nägel eines Hauses oder Schiffes nicht

…§. 5 I. de off. jud. (4, 17) — commode dividi …de vel mulus —. l. 35 §. 3 D. de R. V. — eorum …ividi non possunt. — Daraus daß die Frage über die …ur die Lehre von der Theilung gemeinschaftlicher Sachen …ist, ergibt es sich, daß für ein Gesetzbuch der passendste …er Materie in dem Abschnitt von der Gemeinschaft und …n ist (vgl. auch Motiven zum hessischen Entwurf S. 2). …im Gesetzbuch vom Jahr 1811 (§. 843 fg.), während das …b von dieser Eigenschaft der Sachen noch im Hauptstück …§. 27. 28) übrigens in entsprechender Weise handelte.

…omit ein doppeltes Moment; es muß das Wesen der …(dieß ist z. B. bei der Theilung eines lebenden Thiers, …nicht möglich) und es muß in den Theilen der Werth des …en (dieß ist bei manchen Sachen nicht möglich, welche ihrem …heilung zuließen z. B. bei Edelsteinen). Mit Rücksicht auf …ent heißt es l. 26 §. 2 D. de leg. I — sin autem (res) …(d. h. ihrem Wesen nach) indivisae sint vel sine damno …s Werths) divisio earum fieri non possit und ebenso im …„Kann eine gemeinschaftliche Sache entweder gar nicht (sine …potest naturaliter indivisa) oder nicht ohne beträchtliche …Werths (sine damno) getheilt werden —.“

…ung in diesem Sinn ist somit ein engerer Begriff als der der …gibt Sachen die zerlegbar, aber dennoch nicht theilbar sind …n Pflug, eine Maschine u. s. f.

…D. commun. praed. (8, 4). l. 25 §. 1 D. de V. S. — quod …um sit id non partem sed totum esse. In so fern kann man …Pucht a (Institut. II S. 546) sagen, theilen heißt aus einem …Ganze machen.

…r Benennung wird sich sofort entnehmen lassen, ob eine Theilung …ebenen Sinn stattgefunden habe oder nicht; so z. B. wird jedes …od Brod genannt, bei einem Pflug dagegen wird Niemand die ein…, in welche er zerlegt wurde, Pflug nennen.

…Wächter im Archiv S. 174 und Handb. II S. 274 Note 5.

nicht. Die Theilbarkeit der Sachen im eigentlichen Sinn der körperlichen Sachen[2] ist eine zweifache: eine natürliche, reelle und eine juristische, intellectuelle.

I. In natürlicher Beziehung ist eine Sache theilbar, wenn sie in einzelne für sich bestehende Theile zerlegbar ist. Diese Theilung heißt reelle physische Theilung, Realtheilung. In diesem weitern Sinn in welchem der Begriff der Theilbarkeit mit dem der Zerlegbarkeit zusammenfällt ist allerdings jede Sache theilbar, da die Zerlegbarkeit ein Kriterium der Materie ist[3]; so ist z. B. ein lebendes Thier, eine Statue, ein Tisch, eine Uhr u. s. w. theilbar. Eine Theilung kann in der Regel der Berechtigte dem die Sache in ihrer Totalität unterworfen ist vornehmen, da er seine Sache beliebig gebrauchen und verbrauchen kann (§. 362 a. b. G. B.) und ebenso mehrere Berechtigte denen die Sache gemeinschaftlich zusteht, wenn sie alle einverstanden sind (§. 828 a. b. G. B.). Werden aber mehrere Theilnehmer welche ihre Gemeinschaft aufgeben wollen nicht einig und handelt es sich nunmehr um die rechtliche Ausgleichung der verschiedenen Ansprüche der die Aufhebung der Gemeinschaft fordernden Gemeinschafter, so kann die mit der Zerlegung identische physische Theilung nicht den Ausschlag geben, da jeder Theilhaber seinen Anspruch gewahrt wissen will und im Privatverkehr die Bedeutung der Sache von ihrer Brauchbarkeit und ihrem Werthe abhängt[4]. Eine reelle Theilung wird daher nur in so weit zulässig sein können als in den Theilen in welche die Sache zerlegt wird das Wesen und der Werth der

(1844) Nr. VII S. 455. 497; vgl. dessen Handbuch II §. 48, Savigny Obligationenrecht I §. 29.

2) Von der Untheilbarkeit der Rechte ist nicht hier, sondern erst in der folgenden (s. unten §. 67) Abtheilung zu handeln. Die meisten Schriftsteller (so z. B. Mühlenbruch Lehrb. II §. 224, Schilling Institut. II §. 63, Holzschuher Theorie und Casuistik I S. 283. 284, ebenso selbst Böcking I §. 75, Heimbach im Rechtslexicon Bd IX S. 498. 499 u. A.) pflegen zwar mit der Lehre von der Theilbarkeit der Sachen sofort auch die von der Theilbarkeit der Rechte zu verbinden, allein dieß beruht einerseits auf der unrichtigen Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche (vgl. oben §. 45 und Wächter im Archiv S. 456 Note 3) andererseits ist es ganz unsystematisch in der Lehre von den (körperlichen) Sachen, bevor noch der Begriff des subjectiven Rechts entwickelt ist, eine einzelne Eigenschaft desselben vorzutragen; vgl. Sintenis I S. 439 Note 84.

3) Seneca Natural. Quaest. II 2 Dixi de partibus in quas omnis rerum naturae materia dividitur.

4) Vgl. insbesondere Fritz Erläuter. I S. 478. 479, Wächter im Archiv S. 456 fg.

Sache erhalten wird[5]. Reell (natürlich) theilbar im juriſtiſchen Sinn ſind alſo nur jene Sachen, welche ohne Zerſtörung ihres Weſens und ohne beträchtliche Verminderung ihres Werthes[5a] aus der Einheit in die Mehrheit zerlegt werden können: Die Theile welche auf dieſe Art entſtehen ſind dem Weſen nach dem Ganzen gleich[6]; ſie bilden ſelbſt Ganze von derſelben Art nur von beſchränkterem Umfang[7]. In jedem abgetrennten Theile erſcheint alſo die Eigenſchaft des Ganzen[8]; wo dieß nicht der Fall iſt da bildet das Abgetrennte keinen Theil des Ganzen in dieſem Sinn: das Ganze iſt nicht getheilt worden wenn ſeine Theile deſſen Eigenſchaft nicht an ſich tragen[9]. Daher ſind z. B. Fenſter, Balken, Ziegeln, Dielen, Thüren, Nägel eines Hauſes oder Schiffes nicht

5) Daher heißt es im §. 5 I. de off. jud. (4, 17) — commode dividi non possit vel homo forte vel mulus —. l. 35 §. 3 D. de R. V. — eorum quae sine interitu dividi non possunt. — Daraus daß die Frage über die Theilbarkeit der Sachen für die Lehre von der Theilung gemeinſchaftlicher Sachen von praktiſchem Intereſſe iſt, ergibt es ſich, daß für ein Geſetzbuch der paſſendſte Ort zur Behandlung dieſer Materie in dem Abſchnitt von der Gemeinſchaft und der Aufhebung derſelben iſt (vgl. auch Motiven zum heſſiſchen Entwurf S. 2). So geſchieht dieß auch im Geſetzbuch vom Jahr 1811 (§. 843 fg.), während das weſtgaliziſche Geſetzbuch von dieſer Eigenſchaft der Sachen noch im Hauptſtück „von den Sachen" (II §§. 27. 28) übrigens in entſprechender Weiſe handelte.

5a) Es iſt dieß ſomit ein doppeltes Moment; es muß das Weſen der Sache erhalten werden (dieß iſt z. B. bei der Theilung eines lebenden Thiers, einer Pflanze u. ſ. f. nicht möglich) und es muß in den Theilen der Werth des Ganzen erhalten werden (dieß iſt bei manchen Sachen nicht möglich, welche ihrem Weſen nach eine Theilung zuließen z. B. bei Edelſteinen). Mit Rückſicht auf dieſes doppelte Moment heißt es l. 26 §. 2 D. de leg. I — sin autem (res) vel naturaliter (d. h. ihrem Weſen nach) indivisae sint vel sine damno (ohne Zerſtörung des Werths) divisio earum fieri non possit und ebenſo im §. 843 a. b. G. B. „Kann eine gemeinſchaftliche Sache entweder gar nicht (sine interitu dividi non potest naturaliter indivisa) oder nicht ohne beträchtliche Verminderung des Werths (sine damno) getheilt werden —."

6) Die Theilung in dieſem Sinn iſt ſomit ein engerer Begriff als der der Zerlegbarkeit. Es gibt Sachen die zerlegbar, aber dennoch nicht theilbar ſind z. B. eine Uhr, ein Pflug, eine Maſchine u. ſ. f.

7) l. 6 §. 1 D. commun. praed. (8, 4). l. 25 §. 1 D. de V. S. — quod pro diviso nostrum sit id non partem sed totum esse. In ſo fern kann man in der That mit Puchta (Inſtitut. II S. 516) ſagen, theilen heißt aus einem Ganzen mehrere Ganze machen.

8) Aus der Benennung wird ſich ſofort entnehmen laſſen, ob eine Theilung in dem angegebenen Sinn ſtattgefunden habe oder nicht; ſo z. B. wird jedes Stückchen Brod Brod genannt, bei einem Pflug dagegen wird Niemand die einzelnen Theile, in welche er zerlegt wurde, Pflug nennen.

9) Vgl. Wächter im Archiv S. 474 und Handb. II S. 274 Note 5.

Theile desſelben, da der abgetrennte Ziegel nicht wieder ein eigenes kleineres Haus iſt, ſondern bloß unter die Kategorie Baumateriale fällt. — Reell untheilbar in dieſem Sinn iſt dann jede Sache bei welcher die angegebene Zerlegung unmöglich iſt und in ſo fern kann man allerdings im juriſtiſchen Sinn auch von phyſiſcher natürlicher Untheilbarkeit der Sache ſprechen[10].

Welche Sachen in dem angegebenen Sinn reell theilbar welche untheilbar ſeien, das hängt von der Individualität der einzelnen Sachen ab. Unbewegliche Sachen ſind in der Regel theilbar, z. B. Grundſtücke und leere Plätze durch das Ziehen einer Grenze, Häuſer durch das Ziehen einer Wand[11]. Bewegliche Sachen ſind in der Regel untheilbar, weil es bei ihnen in der Regel auf die Form ankommt und daher durch die Realtheilung ihr Weſen zerſtört oder doch ihr Werth beträchtlich vermindert wird; ſo z. B. iſt ein Pflug, eine Uhr, ein Pferd, ein Edelſtein untheilbar. Doch iſt dieß eben nur die Regel von der es manche Ausnahme gibt, und eine abſolute phyſiſche Untheilbarkeit beweglicher Sachen läßt ſich durchaus nicht behaupten[12]. Jene Sachen nemlich bei denen es ausnahmsweiſe nicht auf die Form ſondern bloß auf den Stoff ankommt[13]

---

10) Manche neuere Schriftſteller z. B. Warnkönig in der angef. Abhandl. S. 69 und Buchholtz a. a. O. S. 48 haben zwar behaupten wollen, daß es phyſiſch untheilbare Sachen nicht gebe, da alles Körperliche theilbar ſei; allein ſie verwechſeln hierbei den naturwiſſenſchaftlichen und den juriſtiſchen Standpunkt (vgl. insbeſ. Wächter im Archiv S. 156—158). Ebenſowenig aber darf man dieſe reelle Untheilbarkeit der Sachen eine juriſtiſche nennen (wie dieß theilweiſe wenigſtens von Winiwarter II S. 25. 26, Stubenrauch I S. 626 u. A. geſchieht) da, wie ſich Wächter (im Archiv S. 158) treffend ausdrückt, nicht beſondere rechtliche Beſtimmungen oder Beziehungen es ſind, welche in dem vorliegenden Fall die Theilbarkeit der Sache ausſchließen, ſondern die phyſiſche Beſchaffenheit der Sache ſelbſt es iſt; welche die Theilbarkeit derſelben auf dem Rechtsgebiet ausſchließt.

11) l. 6 §. 1 D. commun. praed. (8, 4) — si divisit fundum regionibus — si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit.

12) Man hat zwar häufig behauptet daß nach römiſchem Recht bewegliche Sachen abſolut untheilbar ſeien, ſo z. B. Kierulff Theorie I S. 325, Schilling Inſtitut. II §. 68 Note m, Mühlenbruch Lehrb. II §. 224 bei Note 5, Buchholtz in der angef. Abhandl. S. 50. 51, Warnkönig in der angef. Abhandl. S. 70 fg. Allein dieſe ganz verkehrte Anſicht iſt aus einem Mißverſtändniß der l. 8 D. de R. V. hervorgegangen; vgl. hierüber Wächter im Archiv S. 158—162, Böcking I §. 75 Note 7, Heimbach im R. L. IX S. 499 u. Note 203.

13) Vgl. insbeſ. Sintenis I S. 439 und Heimbach im R. L. IX S. 499 und Note 203.

z. B. Bretter, Brennholz, flüſſige Sachen, Kleiderſtoffe, Barren Silbers u. ſ. w. ſind theilbare Sachen[14].

Die Realtheilung kann auf doppelte Weiſe geſchehen[15]: 1) In der Art, daß durch die Theilung völlig getrennte Ganze entſtehen, welche in gar keiner auch in keiner ſcheinbaren Einheit mit einander fortbeſtehen wie z. B. beim Zerſägen von Holz, beim Theilen von Wein u. dergl. m. Die frühern Gemeinſchafter der Sache ſtehen nach einer ſolchen Theilung in gar keiner Gemeinſchaft mehr miteinander und ſie beſitzen die früher ungetheilte Sache jetzt nicht einmal pro diviso gemeinſchaftlich. 2) Die Theilung kann aber auch in der Art geſchehen, daß zwar jedes der abgetrennten Stücke für ſich ein ſelbſtändiges Ganze bildet, daß ſie aber noch immer äußerlich zuſammenhängen und in ſo fern ſcheinbar noch ein größeres Ganze ausmachen[16]. Hier ſind dann Jene unter welche das Ganze vertheilt

14) Die gemeinrechtlichen Schriftſteller, welche von der Theilbarkeit der Sachen handeln, führen als theilbare Sachen auch die Quantitäten und Gattungsſachen (quantitates et genera) auf, ſo z. B. Wächter im Archiv S. 175 Handbuch II S. 274, Böcking I S. 265 Note 8 u. A. Allein dieſe Hieherbeziehung und Anführung iſt wohl ganz ungerechtfertigt. Unvermerkt nemlich unterſchiebt man auch hier wieder die weitere Bedeutung des Ausdrucks Sache, in welcher es ſo viel als Ding bezeichnet (vgl. oben §. 45). Wenn man daher, wie es ſich gebührt, für die Lehre von der Theilbarkeit der Sachen dieſen Ausdruck im techniſchen Sinn nimmt, in welchem er körperliche Sachen bezeichnet (vgl. Wächter ſelbſt im Archiv S. 156 Note 3 Handb. II S. 272 Note 2), ſo kann man nicht von der Theilbarkeit der Quantitäten und genera handeln, da dieſe bloß begriffliche Dinge ſind. Sieht man näher zu, ſo findet man daß es ſich bei dieſer Theilbarkeit in der That gar nicht um eine Theilbarkeit der Sachen, ſondern um die Theilung eines Rechts handelt. Wenn Jemand 100 fl. zu fordern hat und er vererbt ſeine Forderung auf zwei Erben, ſo hat allerdings jeder von ihnen 50 fl. zu fordern, aber darin liegt nicht eine Theilung der Geldſtücke, ſondern eine Theilung der Obligatio. So ſtellen denn auch die betreffenden Stellen des römiſchen Rechts dieß Verhältniß dar; l. 29 D. de solut. (46, 3) — numero dividitur obligatio; l. 54 pr. D. de V. O. — ita dividi stipulationem; l. 117 D. eod. — numero dividitur stipulatio u. ſ. w. Es gehört daher die Frage über die Theilbarkeit der Quantitäten und Gattungsſachen nicht in die Lehre von der Theilbarkeit der Sachen, ſondern in die Lehre von der Theilbarkeit der Rechte.

15) Über das Folgende vgl. insbeſ. Wächter im Archiv S. 176 fg. und Handbuch II S. 275 fg.

16) Die getrennten Beſtandtheile verlieren ſomit für die juriſtiſche Auffaſſung nicht alle Einheit vgl. Böcking I §. 75 Note 7 und 9. Daher die doppelte Auffaſſung welche hier möglich iſt, indem das äußerlich abgeſonderte Stück, welches Jeder beſitzt, mit Rückſicht auf die noch ſcheinbar fortbeſtehende Einheit Theil, pars, genannt werden kann, während es andererſeits doch wieder kein Theil iſt, da durch die Realtheilung jedes Stück ein für ſich beſtehendes Ganzes geworden iſt.

wurde scheinbar auch nach der Trennung in einer Gemeinschaft: diese Gemeinschaft ist aber in der That nur Nachbarschaft. Diese scheinbare Gemeinschaft pflegt man im Unterschiede von der wirklichen Gemeinschaft der communio pro indiviso (s. Nr. II.) eine communio pro diviso zu nennen, da Jeder nunmehr ein gänzlich abgesondertes Stück für sich hat[17]. Eine Realtheilung in diesem Sinn ist nur bei Immobilien möglich, da nur bei diesen die getrennten Theile in einer solchen Verbindung stehen bleiben, daß sie auch nach der Trennung noch scheinbar ein Ganzes bilden. Diese communio pro diviso an Immobilien ist ein auch für das österreichische Recht wichtiger Begriff, da die gesetzliche Auffassung und Behandlung der Rechtsverhältnisse in Ansehung der gemeinschaftlichen Mauern (§. 854 fg. a. b. G. B.) auf ihr beruht[18]. Bei Mobilien dagegen müssen durch die physische Theilung die einzelnen Theile dergestalt auseinander fallen, daß sie zu einer Selbständigkeit und Isolirtheit gelangen, welche sie auch scheinbar nicht mehr als ein Ganzes erscheinen läßt[19]. — Damit nun

---

l. 6 §. 4 D. commun. praed. (8, 4) l. 25 §. 4 D. de V. S. vgl. Wächter Handb. S. 275 Note 9.

17) l. 8 D. de R. V. (über welche Stelle Wächter im Archiv S. 159 und Sintenis I S. 439 Note 83 zu vergleichen sind) l. 5 §. 16 D. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9) l. 43 pr. D. de acquir. vel amitt. possess. (41, 2). — Mit dem Ausdruck „gemeinschaftliches Eigenthum" werden zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse bezeichnet: 1) das s. g. condominium pro indiviso, Miteigenthum im gewöhnlichen Sinn, §. 361 a. b. G. B.; 2) das s. g. condominium pro diviso (§. 854 a. b. G. B.). Es muß daher stets erst geprüft werden, in welchem Sinn der fragliche Ausdruck zu verstehen sei.

18) Unsere Schriftsteller stellen freilich nirgends diesen Begriff auf und denken in den Fällen des §. 854 fg. stets an die s. g. communio pro indiviso, während doch in der That bloß eine communio pro diviso vorhanden ist. Das Nähere hierüber kann erst im besondern Theil gegeben werden.

19) l. 8 i. f. D. de R. V. Trennt man z. B. einen Barren Goldes oder schneidet man mehrere Ellen von einem Stück Tuch herab, so stehen die getrennten Theile in gar keinem Zusammenhang mehr mit einander. — Wächter (Archiv S. 179 fg.) meint zwar im Unterschiede von allen andern Schriftstellern (vgl. z. B. auch Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 298) daß auch bei beweglichen Sachen eine solche Theilung möglich sei, bei welcher die getrennten Theile scheinbar noch ein Ganzes ausmachen und beruft sich dafür auf l. 5 §. 4 D. de R. V. l. 12 §. 4 und besonders l. 27 §. 2 D. de A. R. D. — wie mir scheint ganz mit Unrecht. Man muß nemlich die zwei wesentlich verschiedenen Fälle wohl unterscheiden, ob eine ganze Sache so getheilt werden könne, daß nach der Theilung ihre Theile noch immer ein Ganzes auszumachen scheinen oder ob verschiedene Sachen, welche zu einem Ganzen vereint wurden, auch nach der Vereinigung in rechtlicher Beziehung dergestalt als selbständig erscheinen, daß an jedem Theil des

bei Immobilien eine ſolche Theilung ſtattfinden könne, welche eine communio pro diviso zur Folge hat, wird vorausgeſetzt daß die Theilung überhaupt dergeſtalt vor ſich gehen könne, daß jeder Theil für ſich auch in juriſtiſcher Beziehung ein ſelbſtändiges und unabhängiges Ganze und daher das Object einer ſelbſtändigen rechtlichen Herrſchaft zu bilden vermöge[20]. Wo dieß nicht der Fall iſt (vgl. unten §. 52 a. E.) da kann von einer Realtheilung keine Rede ſein. Daher iſt es auch nach öſterreichiſchem Rechte (argum. §. 417 a. b. G. B.) nicht möglich in der Art zu theilen, daß der Eine das Haus, der Andere den Boden auf dem das Haus ſteht ins Eigenthum erhalte[21] oder daß der Eine den Baum, der Andere den Garten habe[22]; und ebenſowenig kann man ein Haus in der Art theilen, daß dem Einen das eine Stockwerk dem Andern das andere gehöre[23].

II. In dem Begriff der juriſtiſchen intellectuellen Thei-

Ganzen Sondereigenthum möglich iſt. Im erſten Fall erſcheinen die getrennten Theile für die juriſtiſche Auffaſſung als vereint, im letzteren die geeinten Theile als getrennt. Auf dieſen letzteren Fall allein beziehen ſich die von Wächter angeführten Stellen und Stellen dieſer Art laſſen ſich noch mehrere anführen wie l. 23 §. 5 D. de R. V. l. 7 §. 10 D. de A. R. D., da alle Fälle hierher gehören, in denen zwei bewegliche Sachen zu einem Ganzen dergeſtalt vereinigt wurden, daß das bisherige Eigenthum an jeder von ihnen trotz der Vereinigung fortbeſteht. In ſo fern muß man allerdings ſagen, auch an beweglichen Sachen iſt eine communio pro diviso ein condominium pro diviso möglich (was mit Unrecht von Fritz Erläut. I S. 177 in Abrede geſtellt wird) und iſt dennoch zu behaupten berechtigt, daß bewegliche Sachen nicht in dem Sinn theilbar ſeien daß ſie nach der Theilung noch eine ſcheinbare Einheit bilden. —

20) Vgl. Fritz Erläut. I S. 176. 177, Wächter im Archiv S. 178. Handbuch II S. 276.

21) l. 44 §. 1 D. de O. et A. l. 98 §. 8 D. de solut. (46, 3) l. 24 D. de pign. act. (13, 7). Es iſt nur möglich ein Superficiarrecht zu conſtituiren l. 2 D. de superf. (43, 18) §. 1125. §. 1147 a. b. G. B. Vgl. Savigny Recht des Beſitzes 6. Ausg. S. 302.

22) l. 40 D. de A. E. V.

23) Vgl. l. 28 D. de A. R. D. l. 25. 26 D. de usurp. (41, 3), Fritz Erläuter. I S. 176. Eine ſolche Theilung eines Hauſes nach Stockwerken ſcheint im Geiſt des deutſchen Rechts zuläſſig zu ſein (vgl. Walter Deutſche Rechtsgeſch. S. 583 und Heimbach im R. L. IX S. 498 Note 204) und findet ſich anerkannt im Cod. Napol. a. 664 und im Entwurf für Heſſen Art. 98. Auch in Öſterreich ſind früher ſolche ſ. g. materielle Theilungen von Häuſern häufig vorgekommen, ſie ſtehen aber in Widerſpruch mit den Principien des öſterr. Rechts (vgl. §. 417 a. b. G. B.) und ſind daher mit Recht ſowohl von den Gerichten nicht anerkannt (vgl. A. G. Z. 1854 Nr. 8. 9) als in neueſter Zeit auch von Seiten der Geſetzgebung für unzuläſſig erklärt worden vgl. z. B. Verordn. des Miniſter. der Juſtiz und des Innern v. 8. Febr. 1853 (R. G. B. Nr. 25).

Andere die durchgreifende Regel auf daß Forderungsrechte zu den Mobilien zu zählen seien[65]. Diese letztere Ansicht ist im bürgerlichen Gesetzbuch sanctionirt (§. 298)[66]. Es ist dieß aber eben nur eine Auslegungsregel welche im Zweifel zur Anwendung zu kommen hat. Könnte erwiesen werden, daß der Disponent an den mittelbaren Gegenstand des Forderungsrechts dachte d. h. an die Sache, welche Gegenstand der Leistung ist, durch dieselbe beschafft werden soll, so wird hier wohl die Intention des Disponenten entscheiden und das Forderungsrecht zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden, wenn sein mittelbarer Gegenstand ein Immobile ist[67]. Schuldforderungen gelten der Regel nach als beweglich ohne Rücksicht darauf, ob sie verzinslich sind oder nicht[68]; und ebensowenig wird an ihrer Natur dadurch etwas geändert, daß sie mit einem Pfandrecht an Immobilien bedeckt sind[69] (§. 299 a. b. G. B.).

---

jedoch Streit herrscht; vgl. Renaud in der angef. Abhandl. S. 235 fg. und Proudhon Traité du domaine nr. 171 sq.

65) P. Voët. I. c. c. 8 §. 6, J. Voët. l. c. §. 21, Glück II S. 536, Thibaut System §. 173, Kierulff I S. 328, Seuffert I §. 59, Arndts §. 50 u. A. — Man hat diese Ansicht öfters damit zu begründen gesucht, daß quemadmodum persona debitoris mobilis est ac domicilium suo arbitratu transferre potest, etiam actio personalis ossibus personae tantum inhaerens mobilis judicatur velut accessio ejus (J. Voët. l. c.). Ebenso sagt auch Zeiller II S. 22 „Rechte seien im allgemeinen als beweglich anzusehen, weil sie der Person ankleben und mit ihr gleichsam den Ort verändern" und alle unsere Schriftsteller bis auf den neuesten herab haben dieß wörtlich nachgeschrieben. Wie sehr ungenügend Voët's Motivirung sei, hat Wächter Note 53 gezeigt: wie irrig aber der noch viel allgemeinere Ausspruch Zeiller's sei, leuchtet von selbst ein.

66) Gerade diese Ansicht dürfte die weniger richtige sein. Wer mittelst einer persönlichen Klage ein Immobile zu fordern hat, hat sicher dieses als künftigen Gegenstand seines Vermögens im Auge und rechnet es wohl auch schon im voraus hinein zu seinem unbeweglichen Vermögen. l. 15 D. de R. II. 143 D. de V. S. Id apud se quis habere videtur de quo habet actionem: habetur enim quod peti potest. Die öfters dagegen angeführte l. 204 D. de R. I. (Minus est actionem habere quam rem) sagt nichts anderes als daß derjenige besser daran sei der die Sache schon habe, da der Erfolg der Klage ein zweifelhafter sein kann; sie hat somit auf die vorliegende Frage gar keine Beziehung.

67) Vgl. l. 102 pr. D. de leg. III.

68) In den älteren deutschen Rechtsquellen wurde öfters zwischen verzinslichen und unverzinslichen Forderungen unterschieden und erstere wegen ihres höheren Werths für unbeweglich gehalten; vgl. Renaud in der angef. Abh. S. 89. 90 und die bei Phillips I S. 390 Note 7 angef. Stelle.

69) Da die ältere Satzung des deutschen Rechts die Geldforderung abforbirte und sonach nicht bloß als Accessorium, sondern als selbständiges Recht erschien (vgl. Beseler System II §. 95), so geschah es öfters, daß man hypothe-

Klagen theilen die Natur des Rechts zu deſſen Geltendmachung ſie beſtimmt ſind, ſie tragen den Charakter des Rechts aus welchem ſie entſpringen: die Rechte ſind die Mütter der Klagen wie Theophilus ſagt. Daraus ergibt ſich, daß je nachdem das Recht ſelbſt zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu zählen iſt, auch die Klage, das Rechtsmittel, zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu rechnen ſein wird. Dieß zeigt ſich insbeſondere bei den Forderungsrechten, da dieſe recht eigentlich in der Klage ihren Stützpunkt haben. Ebenſo iſt es mit den Klagen aus dinglichen Rechten: die Vindicationsklage z. B. wird daher bald zu dem beweglichen bald zu dem unbeweglichen Vermögen zu rechnen ſein, je nachdem ihr Gegenſtand eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache iſt[70]. Wenn alſo A ſtirbt und dem B ſein bewegliches dem C ſein unbewegliches Vermögen hinterläßt, ſo wird C zur Anſtellung reſpective Fortſetzung der Vindicationsklage berechtigt ſein wenn der Gegenſtand der Klage ein Immobile iſt[71]. — Die Erbrechtsklage iſt zunächſt ſo wenig wie das Erbrecht ſelbſt[72] in der Eintheilung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches begriffen. Denn das Erbrecht iſt das Recht, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit eines Verſtorbenen zu repräſentiren und die Erbrechtsklage (hereditatis petitio) geht zunächſt auf Anerkennung dieſes Repräſentationsverhältniſſes. Erſt

---

cirte Schuldforderungen als unbewegliches Gut anſah (Schwabenſp. 468). Im heutigen Recht, wo die Hypothek den Charakter des Acceſſoriums hat, verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Natur der Forderung durch die Qualität des Acceſſoriums nicht geändert werden kann.

70) l. 45 D. de R. I. Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur. l. 52 D. de A. R. D. Rem in bonis nostris habere intelligimur quotiens — amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

71) So wird dieſer Fall auch ganz allgemein von den gemeinrechtlichen Schriftſtellern entſchieden; vgl. z. B. Glück II S. 535. 536. Unſere Schriftſteller jedoch ſtellen ohne Ausnahme (vgl. z. B. Stubenrauch I S. 620 Nr. 5) die Anſicht auf „Klagen müßten, da das Geſetz nichts Beſonderes in Anſehung derſelben verfüge, wie die übrigen Rechte behandelt werden und ſeien alſo nur dann als unbewegliche Sache anzuſehen, wenn ſie mit dem Beſitz eines unbeweglichen Gutes verknüpft ſeien.“ Hiernach iſt die Eigenthumsklage, da ſie gerade zu ihrer Vorausſetzung den Mangel des Beſitzes hat, ſtets zu den beweglichen Sachen zu rechnen! Das Geſetzbuch braucht aber „nichts Beſonderes in Anſehung der Klagen zu verfügen,“ weil ſich deren Behandlung aus ihrer Natur von ſelbſt ergibt.

72) Auch darin irren unſere Schriftſteller, wenn ſie wie z. B. Zeiller II S. 24, Stubenrauch I S. 620 u. A. lehren das Erbrecht ſei ſtets beweglich: dieſer Irrthum geht aus der Verkennung des Weſens des Erbrechts hervor.

mittelbar führt die siegreich angestellte hereditatis petitio zu vermögensrechtlichen Objecten und diese sind es deren Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit nach den gewöhnlichen Bestimmungen zu beurtheilen ist. Stirbt daher der A und vermacht dem B sein bewegliches dem C sein unbewegliches Vermögen und findet sich im Nachlaß eine Erbrechtsklage (l. 3 D. de H. P. 5, 3), so steht sie beiden Erben gemeinschaftlich zu und was durch sie erlangt wird ist nach der Qualität der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit unter B und C zu theilen[73].

Die Bestimmung über die Eintheilung der Rechte in bewegliche und unbewegliche, welche das österr. Gesetzbuch im §. 298 trifft, ist durchaus ungenügend. Einerseits ist die Regel viel zu allgemein hingestellt, andererseits die davon gemachte Ausnahme ganz überflüssig. Was ist unter Rechten zu verstehen „die mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden sind?" Unter ihnen kann man zunächst jene Rechte verstehen welche für sich allein bestehen könnten, die aber mit einem Grundstücke dergestalt verbunden sind, daß sie dem jeweiligen Eigenthümer desselben zustehen, also die s. g. deutschen Realrechte wie radizirte Gewerbsrechte, Patronatsrechte u. s. f.; ferner können jene Rechte darunter begriffen sein welche für sich allein gar nicht bestehen könnten, wie die Realservituten. Diese beiden Arten von Rechten bilden aber nur eine juristische Qualität des Grundstücks (vgl. unten §. 64) und kommen selbständig so wenig in Betracht wie die natürlichen Qualitäten des Grundstücks z. B. die gesunde Lage, die schöne Aussicht. In beiden Beziehungen ist somit jene Bestimmung des bürgerl. Gesetzbuchs überflüssig, im Verhältniß der Ausnahme zur Regel aber viel zu eng. Überflüssig, weil es überhaupt und daher auch bei der Eintheilung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches gar nie in Frage kommen kann, wohin jene Rechte zu zählen seien, da sie als juristische Qualitäten (conditio fundi) immer demjenigen zufallen müssen dem das Grundstück selbst zufällt. Zu eng, weil es unrichtig ist daß alle übrigen Rechte beweglich seien, da man doch z. B. vom Eigenthumsrechte an einem Immobile einerseits nichts sagen kann es sei beweglich und andererseits nicht behaupten kann es sei ein Recht „welches mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden ist."

---

73) Diese Entscheidung trifft auch J. Voët. l. c. §. 19.

B. Verbrauchbarkeit der Sachen[1].

§. 49. Der Begriff der Verzehrbarkeit oder Verbrauchbarkeit, als der phyſiſchen Eigenſchaft der Sachen durch ihre naturgemäße Verwendung zur Befriedigung menſchlicher Bedürfniſſe in ihrer phyſiſchen Exiſtenz vernichtet oder doch in ihrer Integrität angegriffen zu werden, kann in dieſer ſeiner Allgemeinheit nicht als Eintheilungsgrund der Sachen dienen. Denn alle Sachen werden allmälig durch den Gebrauch in ihrer Exiſtenz und Integrität angegriffen: ſie alle ſind abnützbar. Soll alſo dennoch der Begriff der Verbrauchbarkeit eine beſondere Eigenſchaft gewiſſer Sachen bedeuten, ſo muß er in einer engeren Bedeutung genommen werden. Die nota specialis liegt nun darin, daß gewiſſe Sachen ihre gewöhnliche Beſtimmung nur durch ſofortige gänzliche Zerſtörung oder ſofortige merkliche Verringerung ihrer Subſtanz erfüllen können[2]. Von ſolchen Sachen welche den gewöhnlichen Nutzen nur dadurch gewähren, daß ſie in ihrer Subſtanz gänzlich zerſtört[3] oder doch in ihrer Integrität merklich verletzt werden, pflegt man zu ſagen,

---

1) Schuſter Über den Begriff der verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen. Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1885 I Nr. I S. 1—48. (Ein breiter unbefriedigender Aufſatz).

2) Es kann für den Unterſchied zwiſchen verbrauchbaren und unverbraucharen Sachen nur auf den Grad der Abnützbarkeit ankommen und es werden daher nur jene Sachen verbrauchbare genannt werden können, welche durch den jedesmaligen Gebrauch einen merklichen weſentlichen Verluſt an ihrer Subſtanz erleiden, unverbrauchbare dagegen jene welche erſt durch den allmäligen Gebrauch einen ſolchen Verluſt erleiden. Minder richtig ſcheint es zu ſein, wenn Wächter II S. 218 und Note 36 das entſcheidende Merkmal der Verbrauchbarkeit darin finden will, daß gewiſſe Sachen durch einmaligen Gebrauch vernichtet werden; denn Kerzen, Salben u. ſ. f. werden nicht ſtets auf einmal verbraucht, aber man kann ſie auch nicht ein einzigesmal gebrauchen ohne daß ſie in ihrer Subſtanz einen merklichen Verluſt erlitten. — Aus der gegebenen Begriffsbeſtimmung folgt von ſelbſt, daß nur bewegliche Sachen verbrauchbar ſein können.

3) Der Ausdruck „zerſtört“ (§. 304 a. b. G. B.) bezeichnet die objective Seite dieſes Verhältniſſes, nemlich überhaupt das Zugrundegehen einer Sache; der Ausdruck „verzehrt“ dagegen umfaßt zugleich die ſubjective Beziehung, nemlich die Verwendung der zu Grunde gerichteten Sache zur Befriedigung des Bedürfniſſes, überhaupt die Zerſtörung in Beziehung auf den Zerſtörenden (ſo z. B. ſagt man figürlich das Feuer habe die Sache verzehrt). Daher iſt der letztere Ausdruck der eigentlich techniſche für die in Rede ſtehende Eigenſchaft der Sachen: man nennt deßhalb dieſe Sachen „verzehrbare“ nicht „zerſtörbare,“ weil z. B. Eßſachen welche durch Fäulniß zu Grunde gehen zwar zerſtört aber nicht verzehrt ſind. Verzehren im engern Sinn endlich bezieht ſich nur auf Eß- und Trinkſachen.

ſie ſeien res quae usu consumuntur (tolluntur) aut minuntur res quae in abusu continentur[4] und nennt ſie κατ' ἐξοχήν verzehrbare verbrauchbare conſumtible Sachen (§. 301 a. b. G. B.). Daher gehören z. B. Eßſachen, Brennholz u. ſ. w. zu den verbrauchbaren Sachen, da ſie wenn ſie ihrer Beſtimmung gemäß verwendet werden ſofort vernichtet werden; ebenſo Kerzen, Salben u. ſ. w. weil ſie durch den ordnungsmäßigen Gebrauch in ihrer Integrität verletzt werden. Dagegen gehören Kleider zu den unverbrauchbaren Sachen, weil ſie durch den ordnungsmäßigen Gebrauch zwar allmälig abgenützt werden, aber nicht durch den jedesmaligen Gebrauch in ihrer Integrität merklich angegriffen zu werden brauchen[5]. Eben daher gehören auch Geldſtücke als ſolche zu den natürlich unverbrauchbaren Sachen, obgleich ſie durch fortgeſetzten Gebrauch allmälig abgenützt werden können[6].

Aus dem Geſagten ergibt es ſich, daß die Verbrauchbarkeit eine rein natürliche phyſiſche Eigenſchaft beweglicher Sachen iſt. Für das Rechtsgebiet hat dieſe natürliche Eigenſchaft nur in ſo fern Intereſſe als ſie die Grundlage einer juriſtiſchen Eigenſchaft der Sachen nemlich ihre Vertretbarkeit bildet. Denn Sachen welche verbrauchbar ſind, ſind ihrer Natur nach d. h. ohne daß es einer beſondern Verabredung bedarf vertretbar, weil es bei ihnen in juriſtiſcher Beziehung nicht auf das ephemere der Zerſtörung preisgegebene Individuum, ſondern auf das bleibende Genus ankommt, und wenn verbrauchbare Sachen als ſolche den Gegenſtand eines Rechtsgeſchäfts ausmachen, ſo müſſen dieſe Rechtsgeſchäfte von ſelbſt in jener Art aufgefaßt werden, welche die Beſchaffenheit des Gegenſtandes mit Nothwendigkeit herbeiführt[7]. Daher kann aber auch durch Privat-

4) §. 2 I. de usufr. (2, 4) — quae ipso usu consumuntur, quo numero sunt vinum oleum frumentum. Ulp. Fragm. XXIV. 27 D. de usufr. ear. rerum quae usu consumuntur vel minuuntur (7, 5).

5) Daher können Kleider ausgeliehen (l. 5 §. 8 D. commod. 13, 6) vermiethet werden (§. 5 I. de loc. et conduct. 3, 25) und es iſt ein wahrer ususfructus an ihnen möglich (l. 15 §. 4. 5 D. de usufr. 7, 1 l. 9 §. 3 D. quemadm. usufr. cav. 7, 9). Mit Unrecht rechnet Böcking I S. 268 die Kleidungsſtücke zu den verbrauchbaren Sachen und tritt dadurch in Widerſpruch mit dem von ihm ſelbſt S. 267 Note 1 Entwickelten.

6) §. 2 I. de usufr. (2, 4) — pecunia numerata — in ipso usu permutatione adsidua quodammodo exstinguitur.

7) Daher können verbrauchbare Sachen als ſolche nicht Gegenſtand von

dispoſition hier manches geändert werden. Es kann nemlich durch Privatwillkür einer an ſich verbrauchbaren Sache dieſes Kriterium entzogen und umgekehrt einer an ſich unverbrauchbaren Sache dieſes Kriterium der Verbrauchbarkeit beigelegt werden. Wenn man nemlich Sachen, welche nur durch ihre Aufzehrung den ordentlichen Nutzen gewähren, d. h. ihre gewöhnliche naturgemäße Beſtimmung erfüllen, eine andere Beſtimmung gibt, zu deren Erreichung ſie nicht aufgezehrt zu werden brauchen, ſo werden die an ſich verbrauchbaren Sachen für dieſes concrete Rechtsverhältniß als unverbrauchbar behandelt d. h. ſie kommen in juriſtiſcher Beziehung nicht als vertretbare ſondern als unvertretbare Sachen in Betracht[8]. Umgekehrt kann man bei einer an ſich unverbrauchbaren Sache ihre endliche Abnützung vor Augen haben und ſie in einem concreten Rechtsverhältniß als verbrauchbar behandeln, d. h. die Sache wird als eine vertretbare angeſehen und behandelt[9].

Zu den verbrauchbaren Sachen rechnet man gewöhnlich auch das Geld (z. B. §. 983. §. 992 a. b. G. B.), da das Geld als allgemeines Tauſchmittel um dieſer ſeiner Beſtimmung gemäß verwendet zu werden ausgegeben, veräußert werden muß. Mit dieſer Veräußerung hört es aber für den Veräußerer zu exiſtiren auf[10]: er hat mit

---

Rechtsgeſchäften ſein welche auf die Rückgabe in specie gerichtet ſind, weil eben die species verbraucht, vertilgt werden muß, wenn die verbrauchbare Sache ihre gewöhnliche Beſtimmung erfüllen ſoll. Es kann daher an conſumtiblen Sachen als ſolchen kein Commodat (§. 974 a. b. G. B.) kein wahrer Nießbrauch (§. 540 a. b. G. B.) ſtattfinden; werden verbrauchbare Sachen als ſolche Jemanden zum Gebrauch übergeben, ſo muß die Abſicht dahin gerichtet ſein, daß der Empfängrr an ihnen Eigenthum erwerbe (§. 988. §. 1227 a. b. G. B.).

8) Dann und in ſo fern können daher an ſich verbrauchbare Sachen auch Gegenſtand eines Commodats und eines wahren Uſusfructus ſein; l. 3 §. 6 D. commod. (13, 6) Non potest commodari id quod usu consumitur nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. l. 4 eod.

9) Daher kann auch an Kleidern ein quasi ususfructus beſtellt werden §. 2 l. de usufr. (2, 4) l. 22 i. f. C. de admin. tut. (5, 27). Dieſe Stellen haben wegen ihres ſcheinbaren Widerſpruchs mit den in Note 5 angeführten bekanntlich ſchon von den Gloſſatoren an lebhafte Controverſen veranlaßt (vgl. Glück IX S. 392 fg.); das Nähere in der Lehre vom Nießbrauch.

10) Es wird hier ſomit die ſubjective Seite ganz beſonders betont, indem nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch jedes Veräußern einer an ſich unverbrauchbaren Sache, wodurch dieſe für den Veräußerer zu exiſtiren aufhört, ein Verzehren, Conſumiren derſelben genannt wird (vgl. Dirksen Manuale latinitatis s. v. consumere) ſ. Wächter II S. 220 und Note 38. Daher gilt das Geld auch als verzehrt, wenn die Geldſtücke durch Vermiſchung mit andern Geldſtücken des Empfän-

dem Hintangeben des Geldes dasselbe verzehrt [11]. Wo immer das Geld in dieser Qualität als allgemeines Tauschmittel den Gegenstand eines Rechtsgeschäfts ausmacht [12], gilt daher für dasselbe das früher in Ansehung der verbrauchten Sachen überhaupt Ausgeführte [13]. Diese Verzehrbarkeit des Geldes ist selbstverständlich keine natürliche Qualität desselben, sondern eine juristische, nemlich die Vertretbarkeit desselben [14] und es hat dieß wohl am meisten dazu beigetragen die zwei Begriffe Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit für identisch zu halten, wie es die ältere Doctrin that und dieser folgend das österreichische Gesetzbuch.

C. Individuelle und Gattungssachen. Vertretbarkeit.

§. 50. Sachen welche nach bestimmten Merkmalen und Eigenschaften, die ihnen eigenthümlich sind und sie von andern Sachen unterscheiden, bestimmt sind heißen Individuen (Einzelheiten, species, corpora, certa corpora). Sind die Sachen nicht individuell bestimmt, sondern sind sie bloß nach Gattungsmerkmalen also nach Merkmalen, die allen Sachen dieser Gattung in gleicher Weise zukommen, bestimmt, so heißen sie Gattungssachen (genus im weitern Sinn [1]).

Die Gattungssachen im weitern Sinn begreifen in sich 1) Quantitäten [2] d. h. Sachen bei welchen die Unterscheidung der Indivi-

---

gers (l. 78 D. de solut. 46, 3) oder durch Erwerbung von Seiten eines bona fide Empfängers (§. 371 a. b. G. B.) für den bisherigen Eigenthümer aufhören juristisch zu existiren, da solche nummi accipientis fiunt. Vgl. Sintenis I S. 438, Böcking §. 76 Note 4.

11) Das ausgegebene Geld ist verzehrt, nummi consumti; den Gegensatz bilden die nummi exstantes nummi integri; vgl. die Stellen bei Böcking a. a. O.

12) Kommen die Geldstücke als species (corpora nummorum) in Betracht, so sind sie natürlich unverbrauchbar und können daher commodirt (l. 4 D. commod. 13, 6) vindicirt werden (l. 14 §. 2 i. f. D. de R. C. 12, 1) und den Gegenstand eines wahren ususfructus bilden (l. 28 D. de usufr. 7, 1).

13) Sie sind daher Gegenstand eines Darleihens (§. 983 a. b. G. B.) und eines Quasi-Usufructus §. 2 I. de usufr. (2, 4) §. 540 a. b. G. B.

14) Die Geldstücke kommen nemlich nicht als Species sondern als Quantitäten in Betracht. Vgl. Böcking I S. 268.

1) l. 54 pr. de V. O. l. 6 D. de R. V.

2) Manche Schriftsteller (z. B. Zasius in §. 30 I. de act. nr. 17. 18, Buchholz Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts (S. 17 fg.) wollen den Ausdruck Quantitäten bloß auf Geld beziehen; s. aber dagegen Savigny VI S. 123 Note a. b.

duen innerhalb einer gewiſſen Gattung vollkommen gleichgiltig iſt, weil die Individuen dergeſtalt gleicher Beſchaffenheit und gleichen Werthes ſind daß das eine das andere vertritt. Bei ſolchen Sachen kommt es daher im Verkehr nur auf Zahl, Maß oder Gewicht an (res quae pondere numero mensura constant)[3]. Iſt bei Sachen dieſer Art die Quantität und Qualität bekannt (z. B. vier Eimer Tokaier Wein aus dem Jahr 1840, 300 Stück Ducaten), ſo iſt damit der Gegenſtand des Forderungsrechts genau beſtimmt und die Forderung ſelbſt eine certa, weil eben das Individuum vollkommen gleichgiltig iſt (communi specie continentur)[4]. 2) Gattungsſachen (genera) im engern eigentlichen Sinn d. h. einzelne nicht individuell beſtimmte ſondern bloß nach Gattungsmerkmalen bezeichnete Sachen welche noch erſt auszuwählen ſind, z. B. ein Pferd ein Hund[5]. Hier iſt das Individuum durchaus nicht gleichgiltig, da die zur ſelben Gattung gehörenden Individuen von ungleicher Beſchaffenheit und verſchiedenem Werth ſind, daher die Forderung ſo lange incerta iſt bis nicht aus der Gattung das beſtimmte Individuum gewählt wurde[6]. In dieſem Sinne bildet alſo genus den Gegenſatz zur quantitas und in dieſem engern Sinn wird der Ausdruck genus gewöhnlich genommen[7]. Die Grenze des Begriffs der Gattung iſt eine fließende, da der Umfang des Gebiets aus welchem das Individuum zu wählen iſt ein verſchiedener ſein kann. Daher ſpricht man von reinem genus wenn das Gattungsmerkmal allein die Grenze bildet z. B. ein Pferd, und von beſchränktem genus wenn noch andere Merkmale beigefügt ſind z. B. ein Pferd aus meinem Geſtüte (alternativ[8]).

3) Vgl. die Stellen bei Schilling Inſtitut. II §. 64 Note e und bei Wächter Handb. II §. 38 Note 4.

4) l. 74 D. de V. O. Stipulationum quaedam certae sunt quaedam incertae. Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit ut ecce aurei decem — tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.

5) Der Ausdruck genus bezeichnet alſo nicht die ganze Gattung, welche als ſolche niemals Gegenſtand eines Rechtsverhältniſſes ſein kann, ſondern die aus der Gattung auszuwählenden Sachen. Vgl. Savigny Oblig. R. I S. 399.

6) l. 75 D. de V. O. vgl. Puchta Vorl. I S. 76. 77.

7) In der Marginalrubrik zu §. 656 fg. a. b. G. B. wird Gattung im weitern Sinn gebraucht (wie in l. 88 §. 5 D. de V. O.); im §. 658 a. b. G. B. aber wird die Gattung im engern Sinn der Quantität entgegengeſetzt.

8) Vgl. Savigny Obl. R. I S. 400. So iſt das Vermächtniß im Falle des §. 656 a. b. G. B. ein alternatives, im Fall des §. 658 a. b. G. B. ein rein generiſches. Dieſer Unterſchied iſt praktiſch wichtig, weil bei einem reinen genus

Gattungssachen und Quantitäten sind Begriffe welche nur für obligatorische Verhältnisse von Bedeutung sind[9]. Bei einem Forderungsrecht handelt es sich nemlich zunächst nur um eine Leistung nicht um eine Sache; mag also immerhin das zu leistende Individuum noch unbestimmt sein, so verschlägt dieß nichts wenn nur die Leistung selbst individuell bestimmt ist[10]. Dingliche Rechte dagegen sind Rechte, welche unmittelbar an einer Sache bestehen, auf und an ihr haften: solange die Sache nicht individuell bestimmt und fixirt ist, kann ein dingliches Recht aus Mangel des Objects nicht bestehen[11]. Daher kann an Quantitäten und Gattungssachen als solchen weder Eigenthum noch sonst ein dingliches Recht stattfinden, sondern nur an den Individuen deren Summe die Quantität ausmacht oder welche aus der Gattung gewählt worden sind[12].

Man nennt Sachen fungibel[13], wenn dieselben in einem bestimmten Rechtsverhältnisse als solche gleichgiltig sind, somit bloß ein generisches Interesse haben und daher durch beliebige andere In-

---

der Untergang aller species nicht leicht möglich ist, während derselbe bei alternativen Obligationen und Vermächtnissen häufig eintreten wird und dann (dafern er casuell ist) die Befreiung des Schuldners nach sich zieht; l. 30 §. 5 D. ad leg. Falc. (35, 2). Vgl. Savigny Obl. R. I §§. 38. 39, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I §. 6; das Nähere im besondern Theil.

9) Vgl. insbesondere Buchholtz a. a. O. S. 15 fg. und Wächter Handb. II S. 232.

10) Nur darf die Gattung nicht so weit gefaßt werden, daß selbst ganz werthlose Sachen darunter fallen könnten, weil dann die Obligatio ihr vermögensrechtliches Interesse verlöre; z. B. das Versprechen irgend ein Thier zu geben, da der Verpflichtete auch ein Insect zu geben berechtigt wäre; vgl. l. 94 l. 111 pr. D. de V. O. l. 71 pr. D. de leg. I.

11) So wie in Ansehung noch nicht existirender Sachen wohl Forderungsrechte bestehen können nicht aber dingliche Rechte (vgl. oben § 45), so verhält es sich auch rücksichtlich der quantitates et genera. Die ältere Doctrin mischte hier häufig ihren unrichtigen Begriff unkörperlicher Sachen ein (vgl. §. 45 Note 28) und meinte bei Forderungsrechten auf Quantitäten und Gattungssachen sei der Gegenstand des Rechts eine unkörperliche Sache (die Quantität resp. das genus), so z. B. Glück II S. 514. 515; s. dagegen Wächter Handb. II S. 238.

12) Deßhalb kann man Quantitäten z. B. eine Summe Geldes nicht vindiciren, sondern bloß condiciren (l. 19 §. 2 D. de cond. ind. 12, 6), während die einzelnen Geldstücke, welche die Summe ausmachen, allerdings unter Umständen vindicirt werden können (l. 46 D. eod.). Ebensowenig können genera vindicirt werden l. 6 D. de R. V. — Bei einem Darleihen wird man nicht Eigenthümer der Summe oder der Quantität, sondern der einzelnen Individuen u. s. f.

13) Über die Bildung dieses barbarischen Ausdrucks vgl. Savigny VI S. 123 Note a. Cod. Nap. a. 1291 choses fongibles.

dividuen derſelben Gattung vertreten werden können (in genere suo funetionem recipiunt l. 2 §. 1 D. de R. C. daher der Ausdruck vertretbare[14] Sachen). Manche Sachen ſind ſchon ihrer Natur nach vertretbar d. h. es kommt ſchon im gewöhnlichen Verkehr nicht auf das Individuum an, ſondern es handelt ſich nur darum Stücke einer gewiſſen Gattung in einer beſtimmten Quantität zu erhalten. Daher ſind Quantitäten im Zweifel als vertretbar anzuſehen; ebenſo ſind alle verbrauchbaren Sachen ihrer Natur nach und im Zweifel als vertretbar zu behandeln, da eben die phyſiſche Verbrauchbarkeit der Individuen die einzelne Species im juriſtiſchen Sinn als gleichgiltig erſcheinen läßt. Alle andere Sachen ſind ihrer Natur nach nicht vertretbar d. h. es kommt im gewöhnlichen Verkehr gerade auf das beſtimmte Individuum an; ſie haben ein ſpecielles kein bloß generiſches Intereſſe und wenn in einem Rechtsverhältniſſe ein Individuum zum Gegenſtand desſelben gemacht worden iſt, ſo kann nicht willkürlich an die Stelle desſelben ein anderes wenngleich zur ſelben Gattung gehöriges Individuum geſetzt werden[15]. Durch Privatdispoſition kann aber hieran manches geändert werden. Die Betheiligten können nemlich für ihr concretes Rechtsverhältniß 1) Sachen als vertretbar behandeln welche ihrer Natur nach unvertretbar ſind, d. h. ſie können feſtſetzen, daß das Individuum als ſolches gleichgültig ſei und durch andere derſelben Gattung erſetzt werden könne[16]. Sie können umgekehrt 2) Sachen welche an ſich ihrer Na-

14) Dieſer Ausdruck, welcher von Zachariä gebildet wurde und ſeither von den meiſten Schriftſtellern gebraucht wird, wird vermieden von Puchta Vorleſ. I S. 77, mißbilligt von Savigny VI S. 124 Note b „da alle Sachen einer Vertretung durch Geldentſchädigung empfänglich ſind“ (vgl. Arndts Pandekt. §. 54 Anmerk. 1). Allein es iſt nicht abzuſehen, warum der Ausdruck „vertretbar“ nicht techniſch für jene Sachen fixirt werden ſolle, welche nicht nur wie alle andere Sachen einer Vertretung durch Geldentſchädigung, ſondern einer Vertretung durch andere Individuen der gleichen Gattung empfänglich ſind.

15) l. 2 §. 1 D. de R. C. — nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

16) So z. B. können Exemplare eines Buchs, Kleidungsſtücke u. ſ. f. als vertretbar behandelt werden; ebenſo unverarbeitetes Metall, welches an ſich unverbrauchbar iſt (l. 34 D. loc. 19, 2 pr. I. quib. mod. re contr. obl. 3, 14) u. a. m. — Zu weit geht wohl Wächter (S. 228 und 234 Note 12), wenn er den Begriff Gattungsſache mit dem Begriff Vertretbarkeit identificirt. Denn das charakteriſtiſche Merkmal der Vertretbarkeit beſteht darin, daß das beſtimmte Individuum als ſolches bloß ein generiſches Intereſſe hat und daher an die Stelle des beſtimmten Individuums beliebig ein anderes (aliud pro alio) geſetzt werden

tur nach vertretbar sind als unvertretbar behandeln, indem es ihrem Willen zufolge gerade auf das fragliche Individuum ankommen soll, dieses also nicht bloß ein generisches Interesse hat sondern von specieller Bedeutung ist[17].

In früherer Zeit hielt man häufig die beiden Begriffe Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit der Sachen für identisch[18]. Auch die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs scheinen dieser Ansicht gewesen zu sein, da sie bloß den Begriff der Verbrauchbarkeit aufstellten (§. 301 a. b. G. B.) und hiermit auch den Begriff der Vertretbarkeit erschöpft zu haben glaubten[19]. Allein diese Identificirung ist ganz unrichtig und kann leicht auch zu unrichtigen Folgerungen führen[20]. Allerdings ist jede verbrauchbare Sache auch vertretbar, aber nicht umgekehrt ist jede an sich vertretbare Sache auch verbrauchbar; so z. B. sind Nägel, Nadeln, Bretter u. s. w. vertretbare, nicht aber verbrauchbare Sachen und noch weniger ist die der Verabredung gemäß als vertretbar zu behandelnde Sache deßhalb auch eine an sich ver-

kann. Die bloße Auswahl behufs der Individualisirung jedoch kann die Vertretbarkeit nicht constituiren; der generisch Verpflichtete kann zwar unter den Sachen der Gattung wählen, aber das ausgewählte Individuum hat sein specifisches Interesse und kann nicht beliebig durch ein anderes ersetzt werden.

17) So z. B. können Geldstücke deponirt (l. 24 D. depos. 16, 3), ausgeliehen werden (l. 4 D. commod. 13, 6); seltene Eßwaaren können verliehen werden (ad pompam vel ostentationem), ein Klumpen californischen Goldes hat ein specielles Interesse u. s. f.

18) Vgl. z. B. statt Aller Glück Bd IX S. 172; s. hierüber auch Buchholtz a. a. O. S. 24. 25. Thibut warnte schon in älteren Auflagen seines Systems (z. B. in der 3. Aufl. 1809 §. 264) vor dieser Verwechslung. Heutzutage wird der Unterschied zwischen Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit allgemein anerkannt z. B. Schweppe I §. 90, Wächter II S. 284, Puchta Pandekt. §. 86, Schilling II §. 64. Wenn aber Schilling Note m (dem auch hierin Heimbach im Rechtslex. Bd IX S. 497 Note 190 fast wörtlich folgt) meint, „das Darlehen gehe nur auf vertretbare Sachen, der quasi ususfructus dagegen auch auf verbrauchbare, daher Kleider wohl Gegenstand des Letzteren, nicht des Ersteren sein können," so ist dieß ganz unrichtig, da sicher auch an verbrauchbaren Sachen ein Darlehen möglich ist z. B. an Getraide, Öhl u. s. w. (pr. I. quib. mod. re contr. oblig. 3, 14) so wie an vertretbaren Sachen ein quasi ususfructus.

19) Vgl. Zeiller II S. 27.

20) Unsere neueren österreichischen Schriftsteller sind der richtigen Ansicht daß, wie sie sich ausdrücken, „streng genommen" zwischen verbrauchbaren und vertretbaren Sachen unterschieden werden müsse. Wenn sie aber (vgl. z. B. Winiwarter II S. 19, Stubenrauch I S. 621) beispielsweise anführen, daß Exemplare eines Druckwerks für den Buchhändler eine „verbrauchbare," für den Leser eine „unverbrauchbare" Sache seien, so scheint dieß zu beweisen, daß sie sich jenen Unterschied noch immer nicht vollständig klar gemacht haben.

brauchbare z. B. Kleider, Bücher, Diamanten. Da nun die Verbrauchbarkeit bloß eine natürliche Eigenſchaft der Sache iſt, welche für das Rechtsgebiet nur in ſo fern Intereſſe haben kann als ſie die Grundlage einer juriſtiſchen Eigenſchaft der Sachen, nemlich ihrer Vertretbarkeit iſt, ſo wird man wohl berechtigt ſein in allen Fällen, in denen das bürgerliche Geſetzbuch von verbrauchbaren Sachen ſpricht, an jene Qualität der Sache zu denken, welche ein juriſtiſches Intereſſe hat, d. h. es iſt unter der Verbrauchbarkeit reſp. Unverbrauchbarkeit von der das bürgerliche Geſetzbuch ſpricht die juriſtiſche Qualität der Vertretbarkeit reſp. Unvertretbarkeit zu verſtehen [21].

D. Theilbarkeit der Sachen [1].

§. 51. Es iſt für manche Rechtsverhältniſſe von großer Wichtigkeit und von praktiſcher Bedeutung ob eine Sache theilbar ſei oder

21) So z. B. iſt im §. 974 a. b. G. B. unter der „unverbrauchbaren" Sache, welche Gegenſtand des Leihvertrags ſein ſoll, ſicher die Unverbrauchbarkeit im juriſtiſchen Sinn d. h. die Unvertretbarkeit zu verſtehen, da doch wohl Niemand daran zweifeln wird, daß man auch Eßſachen z. B. eine ſeltene Ananas, Geldſtücke u. ſ. f. (ad pompam vel ostentationem) commodiren könne. Ebenſo können ſicher auch Pfunde Goldes, Centner von Silber u. ſ. f. Gegenſtand eines Darleihens ſein, obwohl ſie an ſich und naturaliter unverbrauchbare Sachen ſind (§. 983 a. b. G. B.). In gleicher Weiſe iſt im §. 1227 a. b. G. B. an die Vertretbarkeit der Sachen zu denken. — Den entgegengeſetzten Weg ſchlägt Schuſter in der im vorhergehenden § Note 1 angeführten Abhandlung ein; er legt bei allen auf den §. 301 folgenden Paragraphen, in denen von verbrauchbaren Sachen geſprochen wird, auf die natürliche Qualität der Sachen das ganze Gewicht, unterſucht in weitläufiger Weiſe, ob die betreffende Sache nur durch Zerſtörung den ordentlichen Nutzen gewähre und kommt zu dem Reſultat (S. 9 fg.), daß an natürlich unverbrauchbaren Sachen kein Darlehen möglich ſei. So ſoll nach Schuſter's Anſicht unverarbeitetes edles Metall z. B. ein Pfund Silber, ein Loth Goldes, nicht Gegenſtand eines Darlehens ſein können; ja hiernach ſind Quantitäten, die aus unverbrauchbaren Sachen beſtehen z. B. ein Pfund Nägel, Nadeln u. ſ. f. überhaupt nicht Gegenſtand eines Darlehens; ſ. dagegen pr. I. cit. Mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro —. l. 2 §. 1 D. de R. C. l. 31 D. loc. (19, 2) — rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur — aut ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur ut vasa fierent, aut aurum ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri.

1) Buchholtz Verſuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts (1834) Abhandl. IV Über die Theilbarkeit der Sachen und Rechte S. 47—64, Warnkönig Über theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte Rechte in Roßhirt's Zeitſchr. III S. 66—92, Wächter Über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte im Archiv für civiliſt. Prax. Bd XXVII

nicht. Die Theilbarkeit der Sachen im eigentlichen Sinn der körperlichen Sachen[2] ist eine zweifache: eine natürliche, reelle und eine juristische, intellectuelle.

I. In natürlicher Beziehung ist eine Sache theilbar, wenn sie in einzelne für sich bestehende Theile zerlegbar ist. Diese Theilung heißt reelle physische Theilung, Realtheilung. In diesem weitern Sinn in welchem der Begriff der Theilbarkeit mit dem der Zerlegbarkeit zusammenfällt ist allerdings jede Sache theilbar, da die Zerlegbarkeit ein Kriterium der Materie ist[3]; so ist z. B. ein lebendes Thier, eine Statue, ein Tisch, eine Uhr u. s. w. theilbar. Eine Theilung kann in der Regel der Berechtigte dem die Sache in ihrer Totalität unterworfen ist vornehmen, da er seine Sache beliebig gebrauchen und verbrauchen kann (§. 362 a. b. G. B.) und ebenso mehrere Berechtigte denen die Sache gemeinschaftlich zusteht, wenn sie alle einverstanden sind (§. 828 a. b. G. B.). Werden aber mehrere Theilnehmer welche ihre Gemeinschaft aufgeben wollen nicht einig und handelt es sich nunmehr um die rechtliche Ausgleichung der verschiedenen Ansprüche der die Aufhebung der Gemeinschaft fordernden Gemeinschafter, so kann die mit der Zerlegung identische physische Theilung nicht den Ausschlag geben, da jeder Theilhaber seinen Anspruch gewahrt wissen will und im Privatverkehr die Bedeutung der Sache von ihrer Brauchbarkeit und ihrem Werthe abhängt[4]. Eine reelle Theilung wird daher nur in so weit zulässig sein können als in den Theilen in welche die Sache zerlegt wird das Wesen und der Werth der

(1844) Nr. VII S. 155. 197; vgl. dessen Handbuch II §. 43, Savigny Obligationenrecht I §. 29.

2) Von der Untheilbarkeit der Rechte ist nicht hier, sondern erst in der folgenden (s. unten §. 67) Abtheilung zu handeln. Die meisten Schriftsteller (so z. B. Mühlenbruch Lehrb. II §. 224, Schilling Institut. II §. 63, Holzschuher Theorie und Casuistik I S. 283. 284, ebenso selbst Böcking I §. 75, Heimbach im Rechtslexicon Bd IX S. 498. 499 u. A.) pflegen zwar mit der Lehre von der Theilbarkeit der Sachen sofort auch die von der Theilbarkeit der Rechte zu verbinden, allein dieß beruht einerseits auf der unrichtigen Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche (vgl. oben §. 45 und Wächter im Archiv S. 156 Note 8) andererseits ist es ganz unsystematisch in der Lehre von den (körperlichen) Sachen, bevor noch der Begriff des subjectiven Rechts entwickelt ist, eine einzelne Eigenschaft desselben vorzutragen; vgl. Sintenis I S. 139 Note 84.

3) Seneca Natural. Quaest. II 2 Dixi de partibus in quas omnis rerum naturae materia dividitur.

4) Vgl. insbesondere Fritz Erläuter. I S. 178. 179, Wächter im Archiv S. 156 fg.

Sache erhalten wird[5]. Reell (natürlich) theilbar im juriſtiſchen Sinn ſind alſo nur jene Sachen, welche ohne Zerſtörung ihres Weſens und ohne beträchtliche Verminderung ihres Werthes[5a] aus der Einheit in die Mehrheit zerlegt werden können: Die Theile welche auf dieſe Art entſtehen ſind dem Weſen nach dem Ganzen gleich[6]; ſie bilden ſelbſt Ganze von derſelben Art nur von beſchränkterem Umfang[7]. In jedem abgetrennten Theile erſcheint alſo die Eigenſchaft des Ganzen[8]; wo dieß nicht der Fall iſt da bildet das Abgetrennte keinen Theil des Ganzen in dieſem Sinn: das Ganze iſt nicht getheilt worden wenn ſeine Theile deſſen Eigenſchaft nicht an ſich tragen[9]. Daher ſind z. B. Fenſter, Balken, Ziegeln, Dielen, Thüren, Nägel eines Hauſes oder Schiffes nicht

5) Daher heißt es im §. 5 I. de off. jud. (4, 17) — commode dividi non possit vel homo forte vel mulus —. l. 35 §. 3 D. de R. V. — eorum quae sine interitu dividi non possunt. — Daraus daß die Frage über die Theilbarkeit der Sachen für die Lehre von der Theilung gemeinſchaftlicher Sachen von praktiſchem Intereſſe iſt, ergibt es ſich, daß für ein Geſetzbuch der paſſendſte Ort zur Behandlung dieſer Materie in dem Abſchnitt von der Gemeinſchaft und der Aufhebung derſelben iſt (vgl. auch Motiven zum heſſiſchen Entwurf S. 2). So geſchieht dieß auch im Geſetzbuch vom Jahr 1811 (§. 843 fg.), während das weſtgaliziſche Geſetzbuch von dieſer Eigenſchaft der Sachen noch im Hauptſtück „von den Sachen" (II §§. 27. 28) übrigens in entſprechender Weiſe handelte.

5a) Es iſt dieß ſomit ein doppeltes Moment; es muß das Weſen der Sache erhalten werden (dieß iſt z. B. bei der Theilung eines lebenden Thiers, einer Pflanze u. ſ. f. nicht möglich) und es muß in den Theilen der Werth des Ganzen erhalten werden (dieß iſt bei manchen Sachen nicht möglich, welche ihrem Weſen nach eine Theilung zuließen z. B. bei Edelſteinen). Mit Rückſicht auf dieſes doppelte Moment heißt es l. 26 §. 2 D. de leg. I — sin autem (res) vel naturaliter (d. h. ihrem Weſen nach) indivisae sint vel sine damno (ohne Zerſtörung des Werths) divisio earum fieri non possit und ebenſo im §. 843 a. b. G. B. „Kann eine gemeinſchaftliche Sache entweder gar nicht (sine interitu dividi non potest naturaliter indivisa) oder nicht ohne beträchtliche Verminderung des Werths (sine damno) getheilt werden —."

6) Die Theilung in dieſem Sinn iſt ſomit ein engerer Begriff als der der Zerlegbarkeit. Es gibt Sachen die zerlegbar, aber dennoch nicht theilbar ſind z. B. eine Uhr, ein Pflug, eine Maſchine u. ſ. f.

7) l. 6 §. 1 D. commun. praed. (8, 1). l. 25 §. 1 D. de V. S. — quod pro diviso nostrum sit id non partem sed totum esse. In ſo fern kann man in der That mit Puchta (Inſtitut. II S. 516) ſagen, theilen heißt aus einem Ganzen mehrere Ganze machen.

8) Aus der Benennung wird ſich ſofort entnehmen laſſen, ob eine Theilung in dem angegebenen Sinn ſtattgefunden habe oder nicht; ſo z. B. wird jedes Stückchen Brod Brod genannt, bei einem Pflug dagegen wird Niemand die einzelnen Theile, in welche er zerlegt wurde, Pflug nennen.

9) Vgl. Wächter im Archiv S. 174 und Handb. II S. 274 Note 5.

Theile desselben, da der abgetrennte Ziegel nicht wieder ein eigenes kleineres Haus ist, sondern bloß unter die Kategorie Baumateriale fällt. — Reell untheilbar in diesem Sinn ist dann jede Sache bei welcher die angegebene Zerlegung unmöglich ist und in so fern kann man allerdings im juristischen Sinn auch von physischer natürlicher Untheilbarkeit der Sache sprechen[10].

Welche Sachen in dem angegebenen Sinn reell theilbar welche untheilbar seien, das hängt von der Individualität der einzelnen Sachen ab. Unbewegliche Sachen sind in der Regel theilbar, z. B. Grundstücke und leere Plätze durch das Ziehen einer Grenze, Häuser durch das Ziehen einer Wand[11]. Bewegliche Sachen sind in der Regel untheilbar, weil es bei ihnen in der Regel auf die Form ankommt und daher durch die Realtheilung ihr Wesen zerstört oder doch ihr Werth beträchtlich vermindert wird; so z. B. ist ein Pflug, eine Uhr, ein Pferd, ein Edelstein untheilbar. Doch ist dieß eben nur die Regel von der es manche Ausnahme gibt, und eine absolute physische Untheilbarkeit beweglicher Sachen läßt sich durchaus nicht behaupten[12]. Jene Sachen nemlich bei denen es ausnahmsweise nicht auf die Form sondern bloß auf den Stoff ankommt[13]

---

10) Manche neuere Schriftsteller z. B. Warnkönig in der angef. Abhandl. S. 69 und Buchholtz a. a. O. S. 48 haben zwar behaupten wollen, daß es physisch untheilbare Sachen nicht gebe, da alles Körperliche theilbar sei; allein sie verwechseln hierbei den naturwissenschaftlichen und den juristischen Standpunkt (vgl. insbes. Wächter im Archiv S. 456—458). Ebensowenig aber darf man diese reelle Untheilbarkeit der Sachen eine juristische nennen (wie dieß theilweise wenigstens von Winiwarter II S. 25. 26, Stubenrauch I S. 626 u. A. geschieht) da, wie sich Wächter (im Archiv S. 458) treffend ausdrückt, nicht besondere rechtliche Bestimmungen oder Beziehungen es sind, welche in dem vorliegenden Fall die Theilbarkeit der Sache ausschließen, sondern die physische Beschaffenheit der Sache selbst es ist; welche die Theilbarkeit derselben auf dem Rechtsgebiet ausschließt.

11) l. 6 §. 1 D. commun. praed. (8, 4) — si divisit fundum regionibus — si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit.

12) Man hat zwar häufig behauptet daß nach römischem Recht bewegliche Sachen absolut untheilbar seien, so z. B. Kierulff Theorie I S. 325, Schilling Institut. II §. 63 Note m, Mühlenbruch Lehrb. II §. 224 bei Note 5, Buchholtz in der angef. Abhandl. S. 50. 51, Warnkönig in der angef. Abhandl. S. 70 fg. Allein diese ganz verkehrte Ansicht ist aus einem Mißverständniß der l. 8 D. de R. V. hervorgegangen; vgl. hierüber Wächter im Archiv S. 458—462, Böcking I §. 75 Note 7, Heimbach im R. L. IX S. 499 u. Note 203.

13) Vgl. insbes. Sintenis I S. 439 und Heimbach im R. L. IX S. 499 und Note 203.

z. B. Bretter, Brennholz, flüſſige Sachen, Kleiderſtoffe, Barren Silbers u. ſ. w. ſind theilbare Sachen[14].

Die Realtheilung kann auf doppelte Weiſe geſchehen[15]: 1) In der Art, daß durch die Theilung völlig getrennte Ganze entſtehen, welche in gar keiner auch in keiner ſcheinbaren Einheit mit einander fortbeſtehen wie z. B. beim Zerſägen von Holz, beim Theilen von Wein u. dergl. m. Die frühern Gemeinſchafter der Sache ſtehen nach einer ſolchen Theilung in gar keiner Gemeinſchaft mehr miteinander und ſie beſitzen die früher ungetheilte Sache jetzt nicht einmal pro diviso gemeinſchaftlich. 2) Die Theilung kann aber auch in der Art geſchehen, daß zwar jedes der abgetrennten Stücke für ſich ein ſelbſtändiges Ganze bildet, daß ſie aber noch immer äußerlich zuſammenhängen und in ſo fern ſcheinbar noch ein größeres Ganze ausmachen[16]. Hier ſind dann Jene unter welche das Ganze vertheilt

14) Die gemeinrechtlichen Schriftſteller, welche von der Theilbarkeit der Sachen handeln, führen als theilbare Sachen auch die Quantitäten und Gattungsſachen (quantitates et genera) auf, ſo z. B. Wächter im Archiv S. 175 Handbuch II S. 274, Böcking I S. 265 Note 8 u. A. Allein dieſe Hieherbeziehung und Anführung iſt wohl ganz ungerechtfertigt. Unvermerkt nemlich unterſchiebt man auch hier wieder die weitere Bedeutung des Ausdrucks Sache, in welcher es ſo viel als Ding bezeichnet (vgl. oben §. 45). Wenn man daher, wie es ſich gebührt, für die Lehre von der Theilbarkeit der Sachen dieſen Ausdruck im techniſchen Sinn nimmt, in welchem er körperliche Sachen bezeichnet (vgl. Wächter ſelbſt im Archiv S. 156 Note 3 Handb. II S. 272 Note 2), ſo kann man nicht von der Theilbarkeit der Quantitäten und genera handeln, da dieſe bloß begriffliche Dinge ſind. Sieht man näher zu, ſo findet man daß es ſich bei dieſer Theilbarkeit in der That gar nicht um eine Theilbarkeit der Sachen, ſondern um die Theilung eines Rechts handelt. Wenn Jemand 100 fl. zu fordern hat und er vererbt ſeine Forderung auf zwei Erben, ſo hat allerdings jeder von ihnen 50 fl. zu fordern, aber darin liegt nicht eine Theilung der Geldſtücke, ſondern eine Theilung der Obligatio. So ſtellen denn auch die betreffenden Stellen des römiſchen Rechts dieß Verhältniß dar; l. 29 D. de solut. (46, 3) — numero dividitur obligatio; l. 54 pr. D. de V. O. — ita dividi stipulationem; l. 117 D. eod. — numero dividitur stipulatio u. ſ. w. Es gehört daher die Frage über die Theilbarkeit der Quantitäten und Gattungsſachen nicht in die Lehre von der Theilbarkeit der Sachen, ſondern in die Lehre von der Theilbarkeit der Rechte.

15) Über das Folgende vgl. insbeſ. Wächter im Archiv S. 176 fg. und Handbuch II S. 275 fg.

16) Die getrennten Beſtandtheile verlieren ſomit für die juriſtiſche Auffaſſung nicht alle Einheit vgl. Böcking I §. 75 Note 7 und 9. Daher die doppelte Auffaſſung welche hier möglich iſt, indem das äußerlich abgeſonderte Stück, welches Jeder beſitzt, mit Rückſicht auf die noch ſcheinbar fortbeſtehende Einheit Theil, pars, genannt werden kann, während es andererſeits doch wieder kein Theil iſt, da durch die Realtheilung jedes Stück ein für ſich beſtehendes Ganzes geworden iſt.

wurde scheinbar auch nach der Trennung in einer Gemeinschaft: diese Gemeinschaft ist aber in der That nur Nachbarschaft. Diese scheinbare Gemeinschaft pflegt man im Unterschiede von der wirklichen Gemeinschaft der communio pro indiviso (s. Nr. II.) eine communio pro diviso zu nennen, da Jeder nunmehr ein gänzlich abgesondertes Stück für sich hat[17]. Eine Realtheilung in diesem Sinn ist nur bei Immobilien möglich, da nur bei diesen die getrennten Theile in einer solchen Verbindung stehen bleiben, daß sie auch nach der Trennung noch scheinbar ein Ganzes bilden. Diese communio pro diviso an Immobilien ist ein auch für das österreichische Recht wichtiger Begriff, da die gesetzliche Auffassung und Behandlung der Rechtsverhältnisse in Ansehung der gemeinschaftlichen Mauern (§. 854 fg. a. b. G. B.) auf ihr beruht[18]. Bei Mobilien dagegen müssen durch die physische Theilung die einzelnen Theile dergestalt auseinander fallen, daß sie zu einer Selbständigkeit und Isolirtheit gelangen, welche sie auch scheinbar nicht mehr als ein Ganzes erscheinen läßt[19]. — Damit nun

---

l. 6 §. 4 D. commun. praed. (8, 4) l. 25 §. 4 D. de V. S. vgl. Wächter Handb. S. 275 Note 9.

17) l. 8 D. de R. V. (über welche Stelle Wächter im Archiv S. 159 und Sintenis I S. 489 Note 83 zu vergleichen sind) l. 5 §. 16 D. de reb. eor. qui sub tut. (27, 9) l. 43 pr. D. de acquir. vel amitt. possess. (41, 2). — Mit dem Ausdruck „gemeinschaftliches Eigenthum" werden zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse bezeichnet: 1) das s. g. condominium pro indiviso, Miteigenthum im gewöhnlichen Sinn, §. 361 a. b. G. B.; 2) das s. g. condominium pro diviso (§. 854 a. b. G. B.). Es muß daher stets erst geprüft werden, in welchem Sinn der fragliche Ausdruck zu verstehen sei.

18) Unsere Schriftsteller stellen freilich nirgends diesen Begriff auf und denken in den Fällen des §. 854 fg. stets an die s. g. communio pro indiviso, während doch in der That bloß eine communio pro diviso vorhanden ist. Das Nähere hierüber kann erst im besondern Theil gegeben werden.

19) l. 8 i. f. D. de R. V. Trennt man z. B. einen Barren Goldes oder schneidet man mehrere Ellen von einem Stück Tuch herab, so stehen die getrennten Theile in gar keinem Zusammenhang mehr mit einander. — Wächter (Archiv S. 179 fg.) meint zwar im Unterschiede von allen andern Schriftstellern (vgl. z. B. auch Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. S. 298) daß auch bei beweglichen Sachen eine solche Theilung möglich sei, bei welcher die getrennten Theile scheinbar noch ein Ganzes ausmachen und beruft sich dafür auf l. 5 §. 4 D. de R. V. l. 42 §. 4 und besonders l. 27 §. 2 D. de A. R. D. — wie mir scheint ganz mit Unrecht. Man muß nemlich die zwei wesentlich verschiedenen Fälle wohl unterscheiden, ob eine ganze Sache so getheilt werden könne, daß nach der Theilung ihre Theile noch immer ein Ganzes auszumachen scheinen oder ob verschiedene Sachen, welche zu einem Ganzen vereint wurden, auch nach der Vereinigung in rechtlicher Beziehung dergestalt als selbständig erscheinen, daß an jedem Theil des

bei Immobilien eine ſolche Theilung ſtattfinden könne, welche eine communio pro diviso zur Folge hat, wird vorausgeſetzt daß die Theilung überhaupt dergeſtalt vor ſich gehen könne, daß jeder Theil für ſich auch in juriſtiſcher Beziehung ein ſelbſtändiges und unabhängiges Ganze und daher das Object einer ſelbſtändigen rechtlichen Herrſchaft zu bilden vermöge[20]. Wo dieß nicht der Fall iſt (vgl. unten §. 52 a. E.) da kann von einer Realtheilung keine Rede ſein. Daher iſt es auch nach öſterreichiſchem Rechte (argum. §. 417 a. b. G. B.) nicht möglich in der Art zu theilen, daß der Eine das Haus, der Andere den Boden auf dem das Haus ſteht ins Eigenthum erhalte[21] oder daß der Eine den Baum, der Andere den Garten habe[22]; und ebenſowenig kann man ein Haus in der Art theilen, daß dem Einen das eine Stockwerk dem Andern das andere gehöre[23].

II. In dem Begriff der juriſtiſchen intellectuellen Thei-

Ganzen Sondereigenthum möglich iſt. Im erſten Fall erſcheinen die getrennten Theile für die juriſtiſche Auffaſſung als vereint, im letzteren die geeinten Theile als getrennt. Auf dieſen letzteren Fall allein beziehen ſich die von Wächter angeführten Stellen und Stellen dieſer Art laſſen ſich noch mehrere anführen wie l. 23 §. 5 D. de R. V. l. 7 §. 10 D. de A. R. D., da alle Fälle hierher gehören, in denen zwei bewegliche Sachen zu einem Ganzen dergeſtalt vereinigt wurden, daß das bisherige Eigenthum an jeder von ihnen trotz der Vereinigung fortbeſteht. In ſo fern muß man allerdings ſagen, auch an beweglichen Sachen iſt eine communio pro diviso ein condominium pro diviso möglich (was mit Unrecht von Fritz Erläut. I S. 177 in Abrede geſtellt wird) und iſt dennoch zu behaupten berechtigt, daß bewegliche Sachen nicht in dem Sinn theilbar ſeien daß ſie nach der Theilung noch eine ſcheinbare Einheit bilden. —

20) Vgl. Fritz Erläut. I S. 176. 177, Wächter im Archiv S. 178. Handbuch II S. 276.

21) l. 44 §. 1 D. de O. et A. l. 98 §. 8 D. de solut. (46, 3) l. 24 D. de pign. act. (13, 7). Es iſt nur möglich ein Superficiarrecht zu conſtituiren l. 2 D. de superf. (43, 18) §. 1125. §. 1147 a. b. G. B. Vgl. Savigny Recht des Beſitzes 6. Ausg. S. 302.

22) l. 40 D. de A. E. V.

23) Vgl. l. 28 D. de A. R. D. l. 25. 26 D. de usurp. (41, 3), Fritz Erläuter. I S. 176. Eine ſolche Theilung eines Hauſes nach Stockwerken ſcheint im Geiſt des deutſchen Rechts zuläſſig zu ſein (vgl. Walter Deutſche Rechtsgeſch. S. 583 und Heimbach im R. L. IX S. 498 Note 201) und findet ſich anerkannt im Cod. Napol. a. 664 und im Entwurf für Heſſen Art. 98. Auch in Öſterreich ſind früher ſolche ſ. g. materielle Theilungen von Häuſern häufig vorgekommen, ſie ſtehen aber in Widerſpruch mit den Principien des öſterr. Rechts (vgl. §. 447 a. b. G. B.) und ſind daher mit Recht ſowohl von den Gerichten nicht anerkannt (vgl. A. G. Z. 1854 Nr. 8. 9) als in neueſter Zeit auch von Seiten der Geſetzgebung für unzuläſſig erklärt worden vgl. z. B. Verordn. des Miniſter. der Juſtiz und des Innern v. 8. Febr. 1853 (R. G. B. Nr. 25).

lung einer Sache[24] liegt vor allem die Negation der reellen Theilung der Sache. Es soll damit gesagt werden die Sache sei reell nicht getheilt, sie werde aber als getheilt gedacht[25]. Eine intellectuelle juristische Theilung ist somit dann vorhanden, wenn eine Sache unter Mehrere nicht nach äußerlich abgesonderten Theilen, sondern bloß nach Quoten d. h. nach ideellen gedachten Theilen getheilt ist. Z. B. A, B und C sind gemeinschaftliche Eigenthümer eines Pferdes; hier ist die Sache Pferd nicht getheilt aber sie wird als in drei (ideelle) Theile getheilt gedacht. In diesem Falle ist wegen der physischen Ungetheiltheit des Gegenstandes eine wahre Gemeinheit der Theilhaber vorhanden, welche man communio pro indiviso, communio im engern Sinn, Gemeinschaft, ungetheilte Gemeinschaft zu nennen pflegt[26]. Der Theil eines Jeden am Object des Rechts an der körperlichen Sache ist nur im Geist, im Gedanken (intellectu) ausgeschieden, nicht in der Wirklichkeit (corpore)[27]. Weil

---

24) Vgl. hierüber Wächter im Archiv S. 484 fg. Handb. II S. 276 fg., Puchta Institut. II S. 547. 548.

25) l. 5 D. de stipul. servor. (45, 3) Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore —.

26) l. 4 l. 2 pr. l. 28 D. commun. divid. (10, 3), vgl. §. 364. §. 825 a. d. G. B.

27) Es ist zwar in neuerer Zeit von mehreren Schriftstellern z. B. von Buchholtz, Warnkönig, Kierulff, Böcking u. A. die intellectuelle Theilung der Sachen gänzlich geleugnet und die Behauptung aufgestellt worden, es sei an Sachen nur eine reelle Theilung möglich; allein s. dagegen Wächter im Archiv S. 163—171 und Handb. §. 43 Note 12 (dessen Ausführungen auch durch dasjenige nicht erschüttert werden, was Böcking in der zweiten Auflage seiner Institutionen §. 75 Note 5 und 6 dagegen an- und ausgeführt hat). In der That beruht die Annahme der intellectuellen Theilung der Sachen auf der im Sprachgebrauch so fest wurzelnden Verwechslung der Sache als des Objects des Rechts mit dem Rechte selbst. Was hier wirklich getheilt ist, das ist das Recht; insofern man nun die Sache als Object des Rechts mit dem Recht selbst verwechselt erscheint auch die Sache als getheilt: in ihrer natürlichen körperlichen Wesenheit ist sie aber doch nicht getheilt und daher sagt man, die Sache werde als getheilt gedacht, intellectu magis partes habent quam corpore, d. h. die Sache ist als Object des Rechts, nicht als rein Körperliches getheilt. Die Theile, in welche die Sache als Object des Rechts getheilt gedacht wird, sind äußerlich reell nicht ausgeschieden: daher einerseits der Ausdruck partes indivisae und andererseits doch wieder die Ausdrücke partes corporum, partes servorum (l. 54 pr. D. de V. O. l. 29 D. de solut. 46, 3 l. 19 §. 2 D. de condict. indeb. 12, 6) und auch im Deutschen sagt man ebensowohl: das Haus gehört mir zur Hälfte als: das halbe Haus gehört mir.

aber die Sache reell in gar keinem Punkte getheilt iſt, ſo muß ideell jeder noch ſo kleine phyſiſche Punkt der Sache als getheilt gedacht werden[28], ſo daß daher kein Gemeinſchafter in Beziehung auf irgend einen phyſiſchen Theil der Sache etwas vornehmen kann, ohne zugleich den Theil des Andern zu treffen, während jeder von ihnen über ſeinen ideellen Antheil frei verfügen kann[29].

Auf die ideelle Theilung kann die wirkliche Theilung (§. 843 a. b. G. B.) folgen welche die Aufhebung der Gemeinſchaft zur Folge hat[30]. Dieſe wirkliche Theilung iſt wieder entweder eine reelle Theilung, wo dieſe möglich iſt, in welchem Falle dann jeder Theilhaber ſtatt ſeines ideellen Theiles einen körperlichen Theil der Sache erhält; oder eine Theilung nach dem Werth wenn die reelle Theilung nicht möglich iſt, in welchem Falle jeder Theilhaber ſtatt ſeines ideellen Antheils einen Antheil am Erlös erhält[31].

Jede Sache iſt an ſich juriſtiſch (intellectuell) theilbar, mag ſie auch immerhin phyſiſch untheilbar ſein z. B. ein Pferd. Mit dem Ausdruck der juriſtiſchen Untheilbarkeit[32] bezeichnet man 1) Sachen welche ausnahmsweiſe intellectuell (juriſtiſch) untheilbar ſind d. h. an denen eine Gemeinſchaft Mehrerer nicht einmal nach ideellen Theilen zuläſſig iſt. Dieſe Ausnahme kann theils durch Geſetze theils durch Privatdispoſition herbeigeführt werden; ſo z. B.

---

28) l. 8 D. de R. V. — quoties enim certa loca possidebuntur necessario in his aliquam partem meam esse. —.

29) l. 28 D. comm. divid. (10, 3) l. 27 §. 1 D. de S. P. U. (8, 2) l. 8 D. de R. V. vgl. §§. 828. 829 a. b. G. B.

30) Durch die Auszeichnung der Quoten in den öffentlichen Büchern kann, wie ſich von ſelbſt verſteht, an dem Weſen der intellectuellen Theilung nichts geändert werden; die intabulirten Theilhaber ſind condomini pro indiviso der ungetheilten Realität, ſie ſtehen in einer aus den öffentlichen Büchern erſichtlichen Gemeinſchaft auf deren Aufhebung jeder von ihnen dringen kann. Es iſt zwar von Finger in einer Reihe von Aufſätzen (Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1845 II Nr. XXVIII S. 224 fg. 1846 I Nr. XIV S. 298—309. S. 414—430), deren civiliſtiſcher Gehalt gleich Null iſt, zu zeigen verſucht worden, daß in der Auszeichnung der ideellen Theile in den öffentlichen Büchern eine wirkliche Theilung, eine Aufhebung der Gemeinſchaft liege „da nur eine ſolche Abſicht in der bürgerlich realiſirten Verkörperung der früher bloß intellectuell beſtandenen Theilung zu ſuchen und zu finden ſei:“ allein unſere Gerichte haben ſehr mit Recht dieſer abenteuerlichen Anſicht keinen Eingang gegönnt; vgl. allg. G. Z. 1854 Nr. 1. 2. 28.

31) Vgl. Puchta Vorleſ. I S. 79.

32) Vgl. hierüber Wächter im Archiv S. 182 fg. Handb. II S. 278 fg.

bei manchen Lehen die so verliehen werden daß sie immer nur Einer haben solle, bei der Primogenitur in Fideicommisse u. s. w. (§. 619 vgl. insbes. §. 624 a. b. G. B.). Dieses Verbot der Theilung enthält somit stets eine Beziehung auf das Recht an der Sache (Eigenthum, Ober- und Untereigenthum im Sinn des österreichischen Gesetzbuchs). 2) In einem andern Sinn wird der Ausdruck „juristisch untheilbar" öfters gebraucht um zu bezeichnen, daß die an sich mögliche reelle Theilung einer Sache zufolge besonderer rechtlicher Bestimmung unzulässig sei[33]. Dieses Verbot, welches zunächst eine Beziehung auf die Sache selbst hat, kann theils durch Privatdisposition[34] theils durch das Gesetz[35] getroffen werden. Solche Sachen sind daher juristisch untheilbar im Sinne des Worts sub 2, während sie im Sinne des Worts sub 1 immerhin juristisch (intellectuell) theilbar sein mögen. Das juristische Verbot der intellectuellen Theilung bezieht sich nemlich in der Regel auch auf die reelle Theilung; dagegen schließt das Verbot der reellen Theilung im Zweifel das Verbot der intellectuellen Theilung nicht ein.

---

33) In der Regel pflegt man auch jene an sich theilbaren Sachen juristisch untheilbar zu nennen, deren reelle Theilung zwar zulässig aber an die besondere Bewilligung der Behörde (unter Umständen auch der Hypothekargläubiger) gebunden ist. Solche Sachen sind aber nicht juristisch untheilbar, sondern es ist nur der Eigenthümer in der Vornahme der Theilung beschränkt, an die Einholung der erforderlichen Bewilligung gebunden. Solcher Beschränkungen der physischen Theilung bestehen in Österreich gar viele, welche theils in Rücksicht auf das national-ökonomische Interesse theils in Rücksicht auf das Institut der öffentlichen Bücher getroffen sind; vgl. diese Verordnungen vorläufig bei Winiwarter Handb. der Gesetze und Verordnungen Thl. II S. 302—308 und Michel Handb. Nr. 592—605. Das Nähere im besondern Theil.

34) Durch einen Vertrag dieser Art ne intra certum tempus communis res dividatur, ne intra certum tempus divisio fiat wird bloß das Recht des Theilhabers auf wirkliche Theilung zu bringen ausgeschlossen. Es muß dieser Fall daher von dem im §. 831 a. b. G. B. enthaltenen (ne a societate abeatur l. 14 D. pro soc. 17, 2) wohl unterschieden werden. In letzterem Fall darf der Theilhaber innerhalb der festgesetzten Zeit nicht austreten; im ersten Fall dagegen darf er dieß wohl, er darf z. B. seinen Antheil verkaufen, verschenken u. s. f., aber der an seiner Stelle Eintretende kann so wenig wie er selbst auf wirkliche Theilung bringen. l. 14 §. 2. 3 D. commun. divid. (10, 3) l. 46 §. 1 D. pro soc. (17, 2) l. 17 §. 5 D. de pact. (2, 14).

35) Solche Vorschriften bestehen in Österreich dahin, daß Realitäten nicht unter ein gewisses Maß zerstückt werden dürfen; vgl. §. 634 a. b. G. B. und das Nähere im besondern Theil.

V. Verhältniß der Sache zu ihren Theilen und andern Sachen.

A. Ganzes und Theile. Einfache und zuſammengeſetzte Sachen.

§. 52. Jede Sache beſteht als etwas Körperliches Materielles aus Theilen: in ſo fern kann man bei jeder Sache das Ganze von den Theilen unterſcheiden und jede Sache iſt in dieſem Sinn eine universitas[1]. Es iſt aber für viele Partien des Rechts von großer Bedeutung in welchem Verhältniß die Theile zum Ganzen ſtehen: dieſe Verhältniſſe ſind es welche einer nähern Betrachtung bedürfen[2].

Es gibt Sachen welche ſchon durch ihre Naturbildung ein Ganzes ausmachen (res unitae) und Sachen welche erſt durch menſchliche Thätigkeit zu einem Ganzen gebildet werden[3]. Die Pflanze und das Thier bilden ſchon von Natur aus ein zuſammenhängendes Ganzes: ihre Theile nennt man dafern ſie Theile eines organiſchen Ganzen ſind Glieder. Auch der Grund und Boden beſteht von Natur aus in die Tiefe aus organiſchen und anorganiſchen[4] Beſtandtheilen und in

---

1) So iſt das Haus im Gegenſatz zu den Theilen woraus es beſteht eine universitas (universitas aedium) l. 7 §. 44 D. de acquir. rer. dom. (41, 1) l. 23 pr. D. de usurp. et usuc. (41, 2) l. 8 D. quod vi aut clam (43, 24); ſo iſt von einer universitas fundi die Rede in l. 2 §. 5 D. pro empt. (41, 4) l. 40 D. de leg. II. cf. l. 80 D. famil. ercisc. (10, 2). Über dieſe Bedeutung des Wortes universitas vgl. Wächter Erört. aus dem röm.-deutſchen u. würtemb. Privatrecht. Hft I (1845) S. 4 und Note 3, Puchta Inſtitut. II S. 518 Note f, Heimbach im R. L. Bd IX S. 483 Note 131.

2) Faſt in keinem Lehrbuch des gemeinen Rechts findet ſich eine genauere Erörterung der Begriffe, von denen hier die Rede iſt und dennoch ſpielen dieſelben auf dem Rechtsgebiet eine wichtige Rolle und es gehen aus dem Mangel einer ſcharfen Beſtimmung derſelben und aus der ſchwankenden Terminologie leicht Irrthümer hervor. Das Meiſte findet ſich noch bei Puchta Pandekt. §. 87 und Vorleſ. I S. 78. 79 und bei Sintenis I S. 422—424, dem faſt wörtlich Heimbach im Rechtsler. Bd IX S. 476 fg. folgt.

3) Von einem beſchränkteren Geſichtspunkt aus wird die nur für einen ſpeciellen Zweck aufgeſtellte Eintheilung in der vielbeſprochenen l. 30 pr. D. de usurp. et usucap. (41, 3) gemacht.

4) So z. B. aus Steinen, Metallen u. ſ. f.; auch Quellen ſind ein Theil des Bodens (l. 44 pr. D. quod vi aut clam 43, 24 — portio enim agri videtur aqua viva). Der Eigenthümer des Bodens iſt daher auch Eigenthümer dieſer Theile und kann ſie beliebig zu Tage fördern; doch beſtehen in letzterer Beziehung in Deutſchland durch die Ausbildung der Regalien mannigfache Beſchränkungen. Dagegen iſt der Schatz kein Beſtandtheil des Grundes, weil er ſich nicht von

die Höhe aus organiſchen wie z. B. Pflanzen und Bäumen. Man unterſcheidet die Sachen in einfache und zuſammengeſetzte und verſteht unter einfachen Sachen jene, welche von Natur aus ein Ganzes ausmachen[5] oder welche durch menſchliche Thätigkeit aus Einem Stück oder zwar aus verſchiedenen Stücken oder Stoffen jedoch dergeſtalt zu einem Ganzen gebildet ſind, daß dieſe Beſtandtheile in der Verbindung zum Ganzen ihre phyſiſche Exiſtenz verlieren[6]; unter zuſammengeſetzten Sachen jene, welche durch die Vereinigung einzelner Stücke und Stoffe zu einem Ganzen entſtehen ohne daß die einzelnen Stücke ihre phyſiſche Exiſtenz verlieren[7]. So iſt z. B. ein Haus, ein Schiff, ein Kaſten, ein Tiſch eine zuſammengeſetzte Sache, dagegen eine Pflanze, ein Thier, ein Laib Brod, eine Quantität Wein, eine Statue welche aus Einem Stück Marmor gearbeitet iſt, eine einfache Sache. Dieſer Unterſchied zeigt ſich darin von praktiſcher Bedeutung, daß an den Theilen einer einfachen Sache ſelbſtändiges abgeſondertes Eigenthum ganz und gar unmöglich iſt, während dieß allerdings unter gewiſſen Vorausſetzungen an den Theilen einer zuſammengeſetzten Sache ſtattfinden kann. Wem z. B. ein Hund, ein Pferd, eine Pflanze, eine aus Einem Stück gearbeitete Statue gehört, dem gehört auch nothwendig jeder Theil derſelben und es kann nicht etwa der A Eigenthümer des einen Pferdefußes und B Eigenthümer des andern ſein[8].

Natur aus unter der Erdoberfläche befindet l. 3 §. 3 de adquir. vel amitt. possess. (41, 2) über welche Stelle Savigny Das Recht des Beſitzes (6. Aufl. 1837) S. 262. 263 und S. 306 zu vergleichen iſt.

5) l. 30 cit. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον id est unitum vocatur ut homo tignum lapis et similia.

6) Dieſe Beſtandtheile verlieren ihre bisherige phyſiſche Exiſtenz in dem Sinn, in welchem überhaupt in der Natur vom Untergang phyſiſcher Exiſtenzen die Rede ſein kann. Wenn Jemand z. B. aus Wein und Honig Meth macht, ſo verlieren beide Beſtandtheile in dieſer Verbindung ihre bisherige Exiſtenz: es entſteht eine neue einfache Sache (Spezification §. 25 I. de rer. div.), deren Theile vollkommen gleichartig ſind.

7) Wenn z. B. Metalle zuſammengeſchmolzen werden, ſo gibt kein Theil in dieſer Verbindung ſeine bisherige phyſiſche Exiſtenz auf: utraque materia etsi confusa manet tamen l. 5 §. 1 D. de R. V. cf. l. 12 §. 1 D. de A. R. D.

8) Wenn daher A gegen B die Eigenthumsklage wegen eines Thieres angeſtellt hat und abgewieſen wurde, ſo kann er nicht ſpäter wenn etwa B das Thier getödtet hat einen Fuß oder den Kopf oder die Haut oder das Fleiſch (l. 70 §. 2 D. de usufr.

Bei den zuſammengeſetzten Sachen muß man vor Allem darauf ſehen, ob die Zuſammenſetzung der verſchiedenen Theile zu einem Ganzen dieſe Theile als phyſiſche Einzelſachen fortbeſtehen läßt oder nicht, ob alſo trotz der Verbindung zu einem Ganzen die einzelnen Sachen ihre phyſiſche Sonderexiſtenz fortführen oder nicht. So z. B. gehört der Ladſtock zum Gewehr, die Segel, der Maſtbaum, das Steuerruder zum Schiff, der Schlüſſel zum Schloß, das Rohr zur Pfeife u. ſ. w. Sie ſtehen aber mit dem Ganzen nur in einem bloß äußerlichen loſen Zuſammenhang und verlieren durch dieſe Verbindung ihre Einzelexiſtenz nicht. Dennoch aber ſind dieſe Theile integrirende weſentliche Beſtandtheile des Ganzen d. h. ſie gehören zur Vollendung des Ganzen, ſie ſind weſentlich erforderlich damit die Sache das ſei was ſie ſein ſoll. Ein Schloß ohne Schlüſſel, ein Gewehr ohne Ladſtock, ein Schiff ohne Steuerruder Maſtbaum und Segel[9] u. ſ. w. iſt eine unfertige unvollſtändige unvollendete Sache. Iſt die Verbindung der Theile zum Ganzen von der angegebenen Art, ſo führt jeder Theil ſeine phyſiſche Einzelexiſtenz fort, es iſt daher an jedem Theil abgeſonderter Beſitz und abgeſondertes Eigenthum möglich[10]. — Iſt die Zuſammenſetzung der einzelnen Theile zum Ganzen ſo beſchaffen daß die Theile ihre phyſiſche Einzelexiſtenz (separatum corpus) verlieren, ſind alſo die mehreren

---

7, 4) des Thieres vindiciren: ſeiner Klage ſteht die exceptio rei judicatae entgegen. Wer etwa mit der Eigenthumsklage auf einen Laib Brod abgewieſen wurde, dem ſteht, wenn er auch ſpäter auf Stücke dieſes Brodes klagen will, die exceptio rei judicatae entgegen. In dieſen Fällen heißt es mit innerer Nothwendigkeit etenim cujus totum est utique et partes sunt. l. 7 pr. D. de exc. rei judic. (44, 2).

9) l. 44 D. de evict. (21, 2) — omnia autem quae conjuncta navi essent veluti gubernacula malus antennae velum quasi membra navis esse (vgl. über dieſe Stelle Mühlenbruch im civil. Archiv Bd XVII S. 348). l. 242 pr. D. de V. S. Malum navis esse partem — quia pleraeque naves sine malo inutiles essent, ideoque pars navis —.

10) Vgl. Sintenis I S. 425 Note 21. — Hat Jemand die Vindicationsklage auf ein Schiff, ein Gewehr u. ſ. f. angeſtellt und iſt er damit abgewieſen worden, ſo kann er ſpäter nicht mehr den Maſtbaum, das Steuerruder, den Ladſtock u. ſ. f. vindiciren und es ſteht ihm die exceptio rei judicatae entgegen, da in der Abweiſung des Klägers zugleich der Ausſpruch liegt, daß demſelben von der beanſpruchten Sache gar nichts gebühre (Savigny Syſtem VI S. 308 fg. S. 446 fg., Wächter Erörter. III S. 44 fg., Vangerow I S. 348) und da in Anſehung jener Theile nicht erſt eine Trennung vorgenommen werden muß, um ſie als einzelne vindicationsfähige Sachen erſcheinen zu laſſen (Savigny VI S. 507 Note m).

Sachen auf feste Weise zu einem physischen Ganzen verbunden z. B. die Bretter aus denen ein Schiff oder ein Kasten zusammengesetzt ist, die Balken woraus eine Wand gezimmert ist, die Ziegel aus denen ein Dach gebaut ist, die Thüren und Fenster eines Hauses u. s. w., so kann, solange diese physische Verbindung dauert, abgesonderter Besitz verschiedener Personen an den Theilen (compossessio pro diviso) nicht stattfinden [11]; früher erworbenes Eigenthum an den Theilen kann zwar auch nach ihrer Verbindung zum Ganzen, dafern sie durch ihre Verbindung nicht untrennbar wurden (s. unten), stattfinden [12], allein solange die Theile physisch verbunden sind und hierdurch der Sondereristenz entbehren, kann an den Theilen kein Sondereigenthum begründet werden [13]. Das Gesagte gilt ebenso von den Pflanzen und Bäumen welche im Boden wurzeln, von den Früchten welche noch am Baume hängen und physische Bestandtheile des Grundes bilden [14]: auch ihnen fehlt solange sie mit dem Grunde verbunden sind die physische Einzelexistenz [15] und es ist daher an ihnen während

11) Wenn der A die Statue besitzt kann nicht zu gleicher Zeit der B einen damit verbundenen Arm besitzen; wenn der C den Wagen besitzt kann nicht zu gleicher Zeit der D das damit verbundene Rad besitzen u. s. f. Ein Sonderbesitz an dem verbundenen Theil einer Sache ist aber wohl in manchen Fällen in der Art möglich, daß der Besitzer des Ganzen den einzelnen Theil im Namen eines Dritten detinirt, vgl. Wächter im Archiv f. civil. Prax. Bd. XXVII S. 480 Note 38; a. A. ist Puchta Institut. II S. 566, der hierin wohl zu weit geht.

12) l. 23 §. 5 D. de R. V. l. 7 §. 10 D. de A. R. D. vgl. Puchta Institut. II S. 580. 581. Soll dieses Sondereigenthum geltend gemacht werden, so muß natürlich erst Trennung des Theils vom Ganzen stattfinden cf. l. 59 D. de R. V. Daher steht aber in diesen Fällen die exceptio rei judicatae nicht im Wege, wenn man früher etwa auf das Ganze z. B. auf das Schiff, den Kasten, das Haus geklagt hat und abgewiesen wurde und später die Eigenthumsklage auf die einzelnen Theile anstellt und diese spätere Vindication auf einen selbständigen Eigenthumserwerb der Theile vor ihrer Verbindung mit dem Ganzen gründet. — l. 7 pr. §. 2 D. de except. rei judic. (Über die Erklärung dieser l. 7 s. Savigny VI S. 503 fg. einerseits und Buchka Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß I [1846] S. 137 fg., Vangerow I S. 348. 349 andererseits: auf beide Arten wird diese Stelle vor den ihr häufig z. B. von Warnkönig im civilist. Arch. Bd XI S. 493. 494 gemachten Vorwürfen geschützt.)

13) Eine Ausnahme würde jedoch in dem Note 11 erwähnten Fall stattfinden können.

14) l. 44 D. de R. V. Fructus pendentes pars fundi videntur. l. 40 D. de A. E. V.

15) In diesem Sinn heißt es daß die hängenden Früchte nur erst künftige (Einzel-) Sachen sind; fructus pendens nondum est. l. 15 pr. D. de pignor. (20, 1); s. oben §. 45.

dieſer Verbindung weder Sonderbeſitz noch Sondereigenthum [16] noch ein beſonderes Pfandrecht [17] möglich.

Bei manchen zuſammengeſetzten Sachen der angegebenen Art hat die Verbindung der einzelnen Theile zum Ganzen die Wirkung, daß eine ganz neue Sache entſteht, welche mit einem eigenen Namen belegt wird und eine von den einzelnen ſie bildenden Theilen ganz unabhängige Exiſtenz führt [18]. In Fällen dieſer Art gehen die einzelnen Beſtandtheile in dem Ganzen gleichſam auf und unter [19], ſie werden

---

16) Wenn daher Jemand Bäume, die noch auf dem Grund und Boden ſtehen, verkauft, ſo iſt dieß ein Verkauf künftiger Sachen (im Sinn der Note 15) und der Käufer hat bloß eine perſönliche Klage; vor der Trennung der Bäume vom Boden und vor der Übergabe derſelben erwirbt er nicht Eigenthum an ihnen. l. 40 D. de A. E. V. (19, 1) Quintus Mucius scribit: Dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat quid se facere oporteret et verebatur ne hae arbores ejus non viderentur factae? Pomponius: Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit sed ex empto habet actionem; vgl. Heimbach Lehre von der Frucht S. 43 fg. Es iſt daher ein großer Irrthum unſerer öſterreichiſchen Schriftſteller, wenn ſie meinen, daß man das Eigenthum an ſtehenden Bäumen dadurch übertragen könne, daß man dieſelben mit dem Hammer anſchlage (ſo z. B. Stubenrauch I S. 813). Dieß war zwar nach älterem deutſchen Recht der Fall (Beſeler Syſtem II S. 71); allein das öſterreichiſche Recht hat die Grundſätze des römiſchen Rechts adoptirt und auch eine ſ. g. ſymboliſche Tradition (§. 427 a. b. G. B.) ſetzt vor allem Einzelexiſtenz des zu Tradirenden (separatum corpus) voraus.

17) Die Verpfändung ſtehender Früchte iſt daher eine Verpfändung künftiger Sachen (im Sinn der Note 15) und das Pfandrecht ſelbſt kann erſt an den getrennten Früchten entſtehen und beſtehen; l. 15 pr. D. de pign. (20, 1). Auch darin irren unſere Schriftſteller indem ſie ohne weiteres der Anſicht ſind, daß an ſtehenden Früchten als ſolchen ein Pfandrecht möglich ſei; vgl. z. B. Zeiller II S. 268, Winiwarter II S. 259 fg., Ellinger ad §. 457, Stubenrauch II S. 74. Die Intabulation des ſ. g. Pfandrechts auf die Früchte, welche der §. 457 a. b. G. B. geſtattet, iſt nichts anderes als die Eintragung eines perſönlichen Rechts auf Übergabe der Früchte zu Pfand in die öffentlichen Bücher, wodurch jenes die Wirkung eines abſoluten Rechts erhält (actio in rem scripta) wie ſie ſonſt und regelmäßig nur dem dinglichen Recht zukommt; ſ. unten §. 62.

18) Von zuſammengeſetzten Sachen dieſer Art (res connexa, universitas rerum cohaerentium) iſt die l. 30 pr. D. de usurp. et usuc. (41, 3) zu verſtehen. cf. l. 23 D. eod.

19) Inſofern die einzelnen Sachen im Ganzen verſchwinden und untergehen werden ſie nicht einmal als Theile derſelben betrachtet; l. 36 D. de evict. vgl. Note 21.

dort wo die zusammengesetzte Sache als Ganzes zur Sprache kommt nicht berücksichtigt und verschwinden in dieser Beziehung für die juristische Betrachtung[20]. So z. B. gehen in dem Begriff Haus, Schiff, Kasten, Uhr, Wagen u. s. f. die einzelnen Bestandtheile wie Ziegeln und Balken, Bretter, Federn, Räder, Nägel, Schrauben u. s. f. gänzlich auf und treten für die juristische Auffassung in eben jenen Fällen zurück wo es sich um das Ganze handelt, was insbesondere in Ansehung der Haftungspflicht im Fall der Eviction[21], der Vindicationsklage[22],

20) Dennoch aber sind es immer diese einzelnen Bestandtheile, welche das Ganze ausmachen (l. 23 pr. D. de usurp. — separatis enim corporibus ex quibus aedes constant universitas aedium intelligi non poterit —); wer das Ganze besitzt, besitzt daher in und mit dem Ganzen auch die Theile (l. 8 D. quod vi aut clam 43, 24); wird demnach z. B. das Ganze ersessen, so sind die einzelnen Bestandtheile mit ersessen (vgl. insbes. Savigny Recht des Besitzes 6. Ausg. S. 304); wird das Ganze vindicirt, so sind hiermit die einzelnen Theile vindicirt (Note 22) und diese können in mancher Beziehung auch selbständig in Betracht kommen.

21) Wer ein Haus, ein Schiff, eine Uhr u. s. f. verkauft, verkauft nicht die einzelnen Bretter, Balken, Nägel, Dielen, Federn u. s. f., sondern die universitas; daher haftet der Verkäufer nicht, wenn ein Ziegel, ein Balken, eine Planke, eine Schraube u. s. f. evincirt wird l. 36 D. de evict. (21, 2) Nave aut domu emta singula caementa vel tabulae emtae non intelliguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte. Man hat zwar diese Stelle früher häufig von der actio duplae ex stipulatu erklären wollen und (unter Berufung auf l. 23 §. 4 D. de usurp. verbunden mit l. 41 §. 1 D. de evict.) gemeint der Käufer habe die actio ex emto; so z. B. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe u. s. w. §. 226, Glück XX S. 345 fg. 365. Allein schon jene Worte non emtae intelliguntur lehren, daß der Grund der Entscheidung ein ganz anderer sei; vgl. auch Sintenis II S. 626 Note 147, Puchta Vorles. II S. 203. Es verhält sich in Ansehung der Eviction bei der Veräußerung einer universitas rerum cohaerentium in ähnlicher Weise wie bei der Veräußerung einer universitas rerum distantium. — Ganz anders verhält es sich bei jenen zusammengesetzten Sachen, welche nicht zu der geschilderten Art gehören, z. B. beim Verkauf eines Schiffs rücksichtlich des Mastbaums, der Segel, des Steuerruders (l. 44 D. de evict.); ebenso haftet der Verkäufer eines mit Edelsteinen besetzten Ringes für die Eviction jedes einzelnen Steines.

22) Wer das Ganze z. B. das Haus, das Schiff vindicirt, vindicirt zunächst die res connexa, die universitas. Er kann daher späterhin immerhin noch die einzelnen Theile z. B. die tabulae als solche vindiciren, dafern er nur die spätere Vindication auf einen selbständigen Eigenthumserwerb dieser Theile vor ihrer Verbindung zum Ganzen gründet (l. 7 §. 2 D. de except. rei judic. — nam is qui insulam petit si caementa vel tigna vel quid aliud suum petat in ea conditione est ut videatur aliud petere —). Würde er die spätere Vindication der Theile auf das Eigenthum des Ganzen gründen, so stünde ihm allerdings die exceptio rei judicatae entgegen (vgl. Note 12); l. 7 pr. D. cit. vgl. Buchka I S. 137 fg., Vangerow I S. 348. 349.

des Beſitzes und der Erſitzung[23] ſo wie des Pfandrechts[24] wichtige Conſequenzen herbeiführt.

Eine zuſammengeſetzte Sache dieſer Art bei welcher die Beſtandtheile im Ganzen auf- und untergehen bleibt dieſelbe, wenn auch die einzelnen Theile aus denen ſie zuſammengeſetzt iſt geändert worden ſind[25]. Es iſt hier das Ganze als ſolches Gegenſtand der Rechtsbeziehung und die Rechtsverhältniſſe in welchen die zuſammengeſetzte Sache ſteht ändern ſich nicht, wenngleich ihre einzelnen Theile geändert wurden[26]. Ja ſelbſt dann bleibt eine ſolche zuſammengeſetzte Sache noch dieſelbe, wenngleich allmälig z. B. in Folge aufeinanderfolgender Verbeſſerungen alle Theile gewechſelt wurden; ſo z. B. bleibt ein Haus, ein Schiff, ein Perſpectiv eine und dieſelbe Sache, ſollten auch nach und nach einzelne oder alle Theile geändert worden ſein[27]. Würde die ganze Sache auf einmal aufgelöſt in der Abſicht dieſelbe Sache wieder aus denſelben Theilen zuſammenzuſetzen, ſo iſt die Sache nach der Zuſammenſetzung wieder dieſelbe und es bleiben in Beziehung auf ſie die frühern Rechtsverhältniſſe beſtehen; z. B. in dem Fall, wenn Jemand ein Perſpectiv zerlegt um es zu reinigen. Würde jedoch eine zuſammengeſetzte Sache der fraglichen Art in der

---

23) l. 23 pr. D. de usurp. (41, 3) Eum qui aedes mercatus est non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur ipsas aedes non possidebit —. l. 30 §. 4 eod. l. 30 pr. D. de acquir. vel amitt. possess. (41, 2) Qui universas aedes possidet singulas res quae in aedificio sunt non videtur possedisse; idem dici debet et de nave et de armario. l. 8 D. quod vi aut clam (43, 24) l. 7 §. 4 D. ad exhib. (10, 4). Vgl. Savigny Recht des Beſitzes S. 304. Nur von dieſem Standpunkt aus läßt ſich, wie mir ſcheint, die intereſſante Frage „ob und inwieweit der Beſitzer einer zuſammengeſetzten Sache auch als Beſitzer der einzelnen Beſtandtheile angeſehen werden könne“ befriedigend löſen, wie ſich denn auch von dieſem Standpunkt aus die Fragen über die Erſitzung in einfacher Weiſe löſen. Das Nähere im beſondern Theil.

24) Die einzelnen Beſtandtheile erſcheinen daher nur in und mit dem Ganzen verpfändet: mit der Löſung aus dieſer Verbindung hört der Pfandnexus an ihnen auf. A. A. iſt Sintenis Handb. des gemeinen Pfandrechts S. 469. 470.

25) So z. B. bleibt ein Schiff, ein Haus, eine Uhr, ein Wagen u. ſ. f. daſſelbe Ganze, wenn auch einzelne Theile gewechſelt wurden. l. 83 §. 5 D. de V. O. l. 98 §. 8 D. de solut. (46, 3) l. 76 D. de judic. (5, 1).

26) l. 76 i. f. cit. Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.

27) l. 76 cit. Itemque navem si adeo saepe refecta esset ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset nihilominus eandem navem esse existimari. Vgl. auch Wächter Handb. II S. 242.

Absicht auseinandergelegt um aus den Theilen etwas Neues zu machen z. B. um aus den Brettern eines zerlegten Schiffes eine Hütte zu zimmern und wird später diese Absicht geändert und aus den ältern Theilen eine Sache der frühern Art wieder zusammengesetzt, so ist diese Sache in juristischer Beziehung als eine neue zu betrachten und steht daher nicht in den Rechtsverhältnissen in denen die alte Sache stand. Diese ganze Bemerkung wird praktisch wichtig in jenen Fällen, wo es sich in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse um bestimmte Individuen handelt, wie bei Obligationen deren Gegenstand eine Species ist[28], beim Usufructus[29], beim Pfandrecht und bei Legaten[30].

Die Verbindung eines Bestandtheils mit einem andern Ganzen kann von der Art sein, daß die Trennung des Bestandtheils von dem Ganzen nicht möglich ist, ohne daß der Theil gänzlich zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Es gehört zum Wesen dieser Sache Theil eines andern Ganzen zu sein[31]. Die Pflanze welche in dem Boden noch nicht Wurzel geschlagen hat, kann getrennt werden ohne Veränderung ihres Wesens; hätte sie aber bereits Wurzel geschlagen und wäre sie somit durch die Nahrung, welche sie aus dem Boden mittelst der Wurzeln zieht, ein organischer Bestandtheil desselben geworden, so kann sie nicht mehr getrennt werden ohne ihr Wesen zu ändern ohne zu einer andern Pflanze zu werden[32]. Das Gebäude

---

28) l. 98 §. 8 D. cit. — si navem quam tu promisisti dominus dissolverit deinde iisdem tabulis compegerit teneri te: hic enim eadem navis est quam te daturum spopondisti, ut videatur magis obligatio cessare quam exstincta esse. — Si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia — videbitur esse posterior navis —. l. 83 §. 5 D. de V. O. verb. et navis si hac mente etc.

29) Die strengeren Grundsätze des römischen Rechts beim ususfructus l. 40 §. 7 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4) gelten nach österreichischem Recht wohl nicht.

30) l. 65 §. 2 D. de leg. I. Si domus fuerit legata licet particulatim ita refecta sit ut nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum. — Vgl. auch §. 724 a. b. G. B.

31) Vgl. Puchta Institut. II S. 517 Vorles. I S. 78.

32) l. 26 §. 2 D. de A. R. D. Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit prioris domini est: ubi coaluit agro cedit et si rursus eruta sit non ad priorem dominum revertitur, nam credibile est alio terrae alimento aliam factam. §. 420 a. b. G. B.

kann von dem Grundſtück nicht getrennt werden, weil es durch die Trennung zerſtört würde und zu ſeiner Exiſtenz weſentlich des Grundes und Bodens bedarf[33]. Auch bewegliche Sachen können in der Art zu Beſtandtheilen beweglicher Sachen gemacht werden, daß ſie entweder gar nicht oder doch nicht ohne Zerſtörung ihres Weſens aus dieſer Verbindung gelöſt werden können[34]. Auch ſolche Theile welche in der Verbindung mit dem Ganzen nicht nur ihre phyſiſche Einzelexiſtenz verlieren ſondern überhaupt der Möglichkeit eigener Selbſtändigkeit gänzlich entbehren, pflegt man integrirende, weſentliche, beſſer (um Zweideutigkeiten zu vermeiden) untrennbare Beſtandtheile zu nennen und dieſes Verhältniß wird für die Lehre vom Beſitz und Eigenthum von großer Bedeutung[35].

B. Haupt- und Nebenſachen.

1. Im Allgemeinen.

§. 53. Hauptſache iſt im Verhältniß zu einer andern ſich zu ihr verhaltenden Sache jene, welche ſelbſtändig und eigentlich als Gegenſtand eines Rechtsverhältniſſes in Betracht kommt, während die ſich zu ihr verhaltende Sache nur mittelbar und in Folge ihrer Beziehung zu jener Gegenſtand des betreffenden Rechtsverhältniſſes iſt; dieſe untergeordnete Sache heißt Nebenſache[1]. Eine Sache kann zu einer andern in dieſes Verhältniß der Unterordnung auf zweifache Weiſe treten: entweder in Folge eines natürlichen Verhältniſſes welches die eine Sache als phyſiſchen Beſtandtheil einer andern er-

---

33) l. 44 §. 4 i. f. D. de O. et A.

34) l. 9 §. 4. 2 D. de A. R. D. l. 23 §. 2—5 D. de R. V. §. 33. 34 I. de rer. div. (2, 1).

35) Mit dieſen untrennbaren Theilen einer zuſammengeſetzten Sache verhält es ſich gerade ſo wie mit den Theilen der einfachen Sachen: es iſt an ihnen weder Sonderbeſitz noch Sondereigenthum möglich l. 2 D. de superf. 43, 18 (vgl. Puchta Inſtit. II S. 580. 584 Vorleſ. I S. 78). Iſt auf das Ganze die Vindicationsklage angeſtellt und abgewieſen worden, ſo ſteht der ſpäteren Klage auf einen Theil z. B. auf die entwurzelten Bäume die exceptio rei judicatae entgegen l. 7 pr. D. de except. rei jud. (44, 2) — Item (exceptio obstabit) si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat.

1) Vgl. Schilling Inſtitut. II §§. 64. 65, Wächter Handb. II §. 40, Puchta Pandekt. §. 37 und Vorleſ. I S. 79 fg., Böcking I §. 78, Sintenis I S. 422 fg., dem faſt wörtlich Heimbach im Rechtsler. Bd IX S. 476 fg. folgt.

ſcheinen läßt, oder in Folge eines juriſtiſchen Verhältniſſes wonach die eine Sache der andern zu dienen ihr zu folgen beſtimmt iſt und aus dieſem Grunde in manchen Beziehungen die rechtlichen Schickſale der Hauptſache theilt. Im erſten Falle iſt die Nebenſache ein wirklicher Theil ein phyſiſcher Beſtandtheil der Hauptſache, ſie bildet mit dieſer einen Körper, ein Ganzes und verliert in dieſer Verbindung ihre Selbſtändigkeit in dem Sinn, daß was von der Hauptſache gilt auch von der Nebenſache gilt, nach dem Grundſatze, was von dem Ganzen gilt gilt von den Theilen. Im zweiten Falle wird die Nebenſache nicht zum wirklichen Theil der Hauptſache, ſie verliert in der juriſtiſchen Verbindung[2] ihre Selbſtändigkeit nicht gänzlich, ſondern dieſe Unterordnung hat nur zur Folge, daß die Nebenſache ſo behandelt wird als wäre ſie ein Theil der Hauptſache, d. h. gewiſſe Rechtsverhältniſſe in welche die Hauptſache gebracht wird erſtrecken ſich von ſelbſt auch auf jene Nebenſache; allein es ſind weder alle Rechtsverhältniſſe von denen dieß gilt, noch gilt es mit unbedingter Nothwendigkeit ſtets in jenen Rechtsverhältniſſen. Es iſt daher ſehr wichtig dieſe beiden Arten der Nebenſachen ſtrenge zu ſondern, da man ſonſt leicht dahin kommt dasjenige was von der einen gilt auf die andere zu übertragen, welche unter ganz andern leitenden Principien ſteht.

Die ältere Schule nahm dieſe Sonderung nicht vor[3] und auch das öſterreichiſche Geſetzbuch ſchließt ſich hierin ganz der ältern Doctrin an (§. 293 fg.). Es wird daher eine um ſo wichtigere

---

2) Bei dieſer juriſtiſchen Verbindung kann zwar auch eine phyſiſche Verbindung ſtattfinden (was mit Unrecht von Winiwarter II S. 8 geläugnet wird) z. B. wenn der Blitzableiter auf das Haus geſetzt iſt; allein dieſe phyſiſche Verbindung hat nur die Wirkung, daß die phyſiſch verbundene Sache zeitweilig ihre Sondereriſtenz verliert und daher die im vorhergehenden § angegebenen Folgen (vgl. insbeſ. den Text zu §. 52 Note 14—18) eintreten.

3) Dieſer Mangel gehöriger Sonderung hängt insbeſondere damit zuſammen, daß man den Begriff und das Weſen der Pertinenzen im eigentlichen Sinn nicht ſcharf genug auffaßte und es daher auch nicht zu einem bewußten präciſen Unterſchiede derſelben von den Beſtandtheilen der Sache brachte; vgl. z. B. Glück II §. 173 XVI §. 983, Geſterding Die Irrthümer der alten und neuen Juriſten (1818) Abhandl. X, Schweppe I §. 194, Schilling II §. 59 Zuſatz 2; ja ſelbſt bei Seuffert findet ſich noch in der neueſten Auflage ſeines prakt. Pandektenr. (I §. 64) ein völliges Untereinanderwerfen der ganz verſchiedenen Begriffe von Acceſſion und Pertinenz.

Aufgabe der Theorie dieſe Sonderung mit beſtimmtem Bewußtſein vorzunehmen[4]. Die Nebenſachen der erſteren Art nennt man heutzutage Nebenſachen im engern eigentlichen Sinn, Acceſſionen im engern Sinn, Zuwachs; die der letzteren Art Zugehör im engern eigentlichen Sinn, Pertinenzen. Das öſterreichiſche Geſetzbuch nimmt im Einklang mit ältern und ſelbſt manchen neuern Schriftſtellern (z. B. Seuffert Prakt. Pandektenr. I §. 64) den Ausdruck Zugehör[5] im weitern Sinn und verſteht darunter alle Nebenſachen (§. 294 fg.); was hier mit dem Ausdruck Nebenſache im engern eigentlichen Sinn bezeichnet wird, nennt das öſterreichiſche Geſetzbuch gar nicht Nebenſache ſondern ſpricht bloß von Zuwachs (§§. 294. 295. 404 fg.)[6]: unter Nebenſache ohne Zuſatz (§. 294) verſteht es vielmehr dasjenige was hier Pertinenz, Zubehör im eigentlichen techniſchen Sinn genannt wird[7].

So wie der Ausdruck Sache öfter in einem weiteren über die techniſche Bedeutung dieſes Wortes hinausgehenden Sinne genommen wird, ſo iſt es auch mit dem Ausdrucke Nebenſache der Fall. Nebenſache (Acceſſion[8]) im weitern Sinn bedeutet nemlich nicht nur dasjenige was zu einer (körperlichen) Sache hinzukommt, ſondern

4) Für dieſe Sonderung iſt bisher von unſeren öſterreichiſchen Schriftſtellern nichts geſchehen. Die richtige Sonderung beider Begriffe findet ſich im Züricheriſchen Geſetzbuch II §. 475 fg. (vgl. dazu die Erläuterungen Bluntſchli's); dagegen mangelt ſie im heſſiſchen und ſächſiſchen Entwurf, gegen welch letzteren Wächter Entwurf S. 491 fg. eine treffende Kritik geübt hat.

5) Der Ausdruck Zugehör iſt ein ziemlich vager vieldeutiger; vgl. insbeſ. Sintenis a. a. O. Note 11. Unter Zugehör verſteht man öfters ſogar die Beſtandtheile der Sache ſelbſt, welche dieſe erſt zu dem machen was ſie ſein ſoll; ſo z. B. rechnet uns der Schneider als Zubehör des Rocks Futter, Knöpfe u. ſ. f. auf; vgl. §. 294 a. b. G. B. Die (Haupt-) Beſtandtheile werden vom Zubehör unterſchieden im §. 1047 a. b. G. B. — Zweckmäßig erſcheint es den Ausdruck Zugehör bloß für die Pertinenzen beizubehalten, um auf dieſe Weiſe eine feſte Terminologie zu gewinnen.

6) Die ſcholaſtiſche Interpretationsweiſe unſerer Schriftſteller hat manchen dahin geführt, aus dem in vielfacher Beziehung ſehr unbefriedigend gefaßten §. 294 a. b. G. B. zu folgern, daß Zuwachs und Nebenſache zwei coordinirte Begriffe ſeien; vgl. z. B. Winiwarter II S. 8.

7) Im techniſchen Sinn wird der Ausdruck Zubehör im §. 457 a. b. G. B. gebraucht, wo Zuwachs (Acceſſion) und Zubehör (Pertinenz) unterſchieden werden.

8) Über dieſe weitere Bedeutung des Wortes accessio vgl. insbeſ. Buchholtz Verſuche Abhandl. VI S. 65 fg., Wächter im Rechtsler. Art. Acceſſion Bd I S. 9 fg., Böcking I §. 78 Note 2, Schilling Inſtitut. II §. 64, Sintenis a. a. O. Note 11.

auch dasjenige was zu einem Rechtsverhältniß als Erweiterung oder Belastung als Zuwachs von Nebenvortheilen und Nebenlasten (commoda et incommoda) hinzutritt wie Zinsen Kosten u. s. w.; ferner dasjenige was zu Rechten als Nebenrecht hinzukommt wie Pfandrecht und Bürgschaft zu einer Forderung[9]; endlich Alles was zu einem Gegebenen das in rechtlicher Beziehung relevant ist hinzukommt, und in diesem Sinn spricht man von Accession der Zeit, Accession des Besitzes (accessio temporis, accessio possessionis)[10].— Causa rei auch omnis causa, res cum omni causa heißt die Sache (im weitern Sinn) mit allem was mit ihr zusammenhängt[11], also das Rechtsobject (im weitern Sinn) in seinem ganzen Umfang mit allen seinen wesentlichen und unwesentlichen Bestandtheilen, mit allen Lasten und Vortheilen, mit allen Nebensachen sowohl den körperlichen z. B. Früchten, Vergrößerungen von außenher als den unkörperlichen d. h. den vermögensrechtlichen Ansprüchen und Verbindlichkeiten, den Kosten und Verwendungen[12]. Causa rei ist somit, wie Böcking es treffend ausdrückt, das ganze Rechtsverhältniß nach seiner objectiven Seite, omnis res conditioque[13].

2. Nebensachen im eigentlichen Sinn (Accessionen, Zuwachs).

§. 54. Unter Nebensache im eigentlichen Sinn (Accession, Zuwachs) versteht man körperliche Sachen, welche zu einer andern in eine solche physische Verbindung getreten sind, daß sie sich zu ihr als Bestandtheil verhalten und in diesem Verhältniß der eige-

---

9) l. 43 D. de solut. (46, 3) l. 44 pr. §. 4 D. de O. et A. §. 5 I. de fidejussor. (3, 20) — eorum (sc. fidejussorum) obligatio accessio est principalis obligationis. Über die Beziehung des Ausdrucks accessio auf Personen, welche bei einem Rechtsgeschäft als Nebenpersonen betheiligt sind (l. 94 §. 4. 5 D. de V. O. l. 32 l. 71 D. de fidejuss. 46, 1) vgl. insbes. Wächter a. a. O. S. 10. 11.

10) l. 14—16 D. de usurp. et usuc. (41, 3) vgl. §. 1493 a. b. G. B.

11) Darüber ob die causa rei mit der accessio im weiteren Sinn gleichbedeutend sei, oder ob die eine und welche die Unterart der anderen sei, herrscht unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Streit. Über den Begriff der causa rei vgl. Schilling II §. 64, Böcking I §. 78, Wächter Handb. II S. 243 Note 1.

12) Das österreichische Gesetzbuch gebraucht für causa rei (vgl. das Register s. v. causa) den jedenfalls zu engen Ausdruck Nebengebühren §§. 942. 943; im praktischen Geschäftsleben hat sich aber immer noch der Ausdruck cum omni causa erhalten.

13) Vgl. z. B. §§. 330. 335. 1047 u. a. Stellen.

nen Selbſtändigkeit gänzlich entbehren[1]. Dieſe phyſiſche Verbindung kann theils durch Naturkräfte theils durch menſchliche Thätigkeit bewirkt werden; in ſo fern unterſcheidet man natürlichen und künſtlichen Zuwachs und conſtruirt wohl auch aus der Verbindung beider einen gemiſchten Zuwachs[2]. Der Ausdruck Theil zu welchem die Nebenſache durch die Verbindung wird iſt in dem im §. 52 entwickelten Sinn zu nehmen. Es kann demnach die Sache welche zur andern als Nebenſache hinzutritt ſowohl einen außerweſentlichen Beſtandtheil als auch einen integrirenden Theil d. h. einen zur Vollendung des Ganzen weſentlichen Beſtandtheil bilden, denn dem Ganzen gegenüber zu dem ſie vollendend hinzutritt erſcheint ſie immer als Nebenſache[3].

Zum Zuwachs[4] gehört Alles was *organiſch* aus der Sache entſteht, ſo Bäume, Pflanzen, Früchte u. ſ. w.; ferner Alles was *von außen her* mit der Sache in die bezeichnete phyſiſche Verbindung tritt, wie Pflanzen die in den Boden geſetzt werden, Anſpülungen

---

1) Es iſt die phyſiſche Verbindung und der durch ſie bewirkte Mangel der Selbſtändigkeit, worauf hier das Gewicht gelegt wird. Es kann nemlich eine Sache zur andern als Nebenſache auch ohne phyſiſche Verbindung und ohne Verluſt ihrer Selbſtändigkeit hinzutreten z. B. der Schlüſſel der an der Stelle des verlorenen zum Schloß, der Ladſtock der an der Stelle des alten zum Gewehr hinzukommt; allein dieß Verhältniß hat für das Rechtsgebiet kein beſonderes Intereſſe, da es eben nur die feſte phyſiſche Verbindung zu Einem Körper iſt, welche eigenthümliche Wirkungen nach ſich zieht.

2) So auch das öſterreichiſche Geſetzbuch im Anſchluß an die ältere Doctrin, §. 404 Marginalrubrik zu §. 420; das Nähere in der Lehre vom Eigenthum.

3) A. A. iſt Böcking I §. 78 §. b; ſ. aber dagegen Puchta Vorleſ. I S. 84, Wächter Handb. II S. 243 Note 2. — Was gleich urſprünglich vorhanden iſt um die Sache als eine vollendete fertige herzuſtellen iſt allerdings nicht Nebenſache; was aber erſt ſpäter hinzukommt um die mangelhaft gewordene Sache zu ergänzen iſt in dieſem Sinn allerdings Zuwachs. So z. B. ſind die Ziegel die zur Ausbeſſerung des Daches verwendet werden, der Arm der an eine verſtümmelte Statue angeſetzt wird als Zuwachs anzuſehen; l. 23 §. 2 §. 5 D. de R. V. l. 26 §. 4 D. de A. R. D. vgl. 446 a. b. G. B. — Solche Nebenſachen, welche integrirende Theile des Ganzen bilden, ſind wohl auch darunter zu verſtehen, wenn es im §. 294 a. b. G. B. heißt „Nebenſachen ohne welche die Hauptſache nicht gebraucht werden kann."

4) Die Definition welche §. 404 a. b. G. B. vom Zuwachs gibt („Zuwachs heißt Alles was aus einer Sache entſteht oder neu zu derſelben kommt, ohne daß es dem Eigenthümer von jemand Andern übergeben worden iſt") muß zunächſt aus der Auffaſſung des Zuwachſes im §. 404 fg. a. b. G. B. als Erwerbungsart des Eigenthums zu erklären verſucht werden; daß ſie aber ſelbſt von dieſem Standpunkt aus unrichtig ſei leuchtet ein, da unter den „fremden Materialien," von denen §. 417 fg. a. b. G. B. ſpricht (vgl. auch §. 420 a. b. G. B.) ſicher auch ſolche

und Anschwemmungen von Erdreich; Gebäude welche auf einem Grundstück aufgebaut werden erscheinen als Zuwachs zu demselben[5], Ziegel, Balken, Thüren und Fenster als Zuwachs eines Hauses[6] u. s. f. Auch bewegliche Sachen können einen solchen Zuwachs erhalten; so die Statue der ein Arm angeschweißt wird, das Stück Tuch in welches Fäden eingewebt werden, der Ring in den man einen Stein faßt u. s. f.[7] Immer aber muß diese Verbindung von der Art sein, daß die eine Sache zur andern als Nebensache zur Hauptsache und zwar in ein solches Verhältniß tritt, daß sie mit dem Ganzen einen Körper bildet und in dieser Verbindung einen unselbständigen Bestandtheil des Ganzen ausmacht. Wäre dieß nicht der Fall, behielte die Sache nach ihrer Verbindung noch immer ihre Selbständigkeit, so mag sie unter Umständen etwa eine Pertinenz der Hauptsache bilden, sie ist aber nimmermehr als Nebensache im eigentlichen Sinn als Accession zu betrachten. Daher gehören zwar angespülte und angeschwemmte Erdtheile zum Zuwachs, weil sie mit Grund und Boden so verbunden sind, daß sie entweder gar nicht als hinzugekommene Bestandtheile unterschieden werden können wie bei der Alluvion oder daß sie doch in quantitativer Beziehung in einem ganz untergeordneten Verhältniß zu dem Grundstück stehen an welches sie angetrieben wurden wie bei der Avulsion; dagegen ist das Grundstück welches Jemand zu seinem Grundstück um dieses zu arrondiren hinzukauft oder welches er behufs der Zusammenlegung von Grundstücken erwirbt

---

zu verstehen sind, welche „dem Eigenthümer von jemand Anderen" (nemlich dem Nichteigenthümer) übergeben worden sind; vgl. auch Wächter Entwurf S. 494.

5) Hin und wieder versteht man unter Zuwachs nur Dasjenige was von außenher zur Sache hinzutritt; in diesem Sinn werden dann Früchte und Zuwachs unterschieden (fructus et accessiones) l. 31 §. 24 D. de aedil. edict. (21, 1) l. 2 D. de in diem addict. (18, 2) l. 68 §. 2 D. de furt. (47, 2) vgl. §. 942 a. b. G. B., Böcking I §. 78 Note 2 a. E.

6) Man pflegt im gewöhnlichen Leben bald das Gebäude vor Augen zu haben wie z. B. bei der Verpfändung eines Hauses, beim Verkauf eines Hauses, dann erscheint dieses als die Hauptsache und der Grund und Boden worauf es steht als die Nebensache; bald den Grund und Boden, so daß das Haus als Nebensache erscheint wie z. B. die Landhäuser auf großen Landgrundstücken oder bei Verpfändungen von Grundstücken, worauf später gebaut wird. Daraus erklären sich Stellen wie l. 49 D. de R. V. l. 21 D. de pignorat. act. (13, 7) einerseits und l. 7 §. 10 l. 12. l. 28 D. de A. R. D l. 2 D. de superf. (43, 18) l. 2 l. 16 C. de R. V. (8, 22) andererseits; für die rechtliche Auffassung ist dieß ganz gleichgiltig.

7) l. 23 §. 2—5 D. de R. V. l. 59 eod.

ebenſowenig Zuwachs[8] wie der Garten den Jemand zu ſeinem Hauſe hinzufügt, da das hinzugekaufte Grundſtück kein Stück des alten Ackers, der Hausgarten kein Stück des Hauſes bildet[9].

Die Nebenſache im eigentlichen Sinn, der phyſiſche Zuwachs ſteht mit der Hauptſache in allen Rechtsverhältniſſen welche dieſe betreffen unter gleichen Grundſätzen (accessio cedit principali): was von dem Ganzen gilt, gilt vom Theil. Daraus ergeben ſich folgende Regeln:

1) Iſt die Hauptſache unbeweglich, ſo muß auch die Nebenſache unbeweglich ſein. Die angeſchwemmten Erdtheile ſind nach der Verbindung eben ſo unbeweglich wie das Stück Landes an welches ſie ſich angeſetzt haben; die Ziegel am Dach, die Balken, Thüren und Fenſter eines Hauſes, die Bäume und Früchte ſind ſolange ſie in dieſer Verbindung ſtehen unbeweglich[10].

2) Wer die Hauptſache beſitzt, beſitzt auch die Nebenſache: ein Mitbeſitz Mehrerer pro diviso iſt unmöglich[11].

3) Der Eigenthümer der Hauptſache iſt auch Eigenthümer des Ganzen, er erſcheint alſo in ſo fern wenigſtens mittelbar immer auch als Eigenthümer der Nebenſache[12]: derjenige dem die Hauptſache gehört kann daher das Ganze vindiciren[13]. Ob aber

---

8) Es entſteht dann ein neues Ganzes, deſſen Beſtandtheile das alte und neue Areal in gleicher Weiſe bilden: keines iſt Hauptſache, keines Nebenſache.

9) l. 7 §. 1 D. pro empt. (41, 4) vgl. Wächter II S. 245. Während ſich daher der Pfandnexus auf die ſpäter durch Alluvion und Avulſion hinzugekommenen Beſtandtheile erſtreckt (l. 20 pr. D. de pignor. 20, 1), erſtreckt ſich das Pfandrecht auf den ſpäter zum verpfändeten Haus hinzugekauften Garten, auf das zum verpfändeten Grundſtück ſpäter hinzugeſchlagene Areal durchaus nicht von ſelbſt. Wenn ſich dieß in Öſterreich dort wo öffentliche Bücher eingeführt ſind anders verhält, ſo iſt dieß lediglich als eine Wirkung dieſes eigenthümlichen Inſtituts anzuſehen; vgl. auch den folgenden §. Nr. 6.

10) Vgl. §. 295 a. b. G. B. und ſ. oben §. 48.

11) Wenn der A die Statue oder die Uhr beſitzt, kann der B nicht den mit ihr verbundenen Arm oder die in die Uhr gefügte Spiralfeder beſitzen; wenn der C das Haus beſitzt, kann der D nicht die verbauten Balken und Ziegel beſitzen; vgl. jedoch oben §. 52 Note 11.

12) Daraus iſt es zu erklären wenn es an manchen Stellen des römiſchen Rechts heißt, daß nach der Trennung der Nebenſache von der Hauptſache dieſe zum früheren Eigenthümer zurückkehre; l. 59 D. de R. V. — simulatque inde demta essent (sc. alienis aedificiis connexa) continuo in pristinam causam reverti. l. 23 §. 7 D. eod. l. 2 C. eod. tit. (3, 32).

13) Wenn der A ſeiner Statue einen fremden Arm anſchweißt, an ſeinen Tiſch einen fremden Fuß anſetzt, auf ſein Dach fremde Ziegel ſetzt u. ſ. f., ſo iſt er es der die Statue, den Tiſch u. ſ. w. vom dritten Beſitzer vindiciren kann, nicht der

der Eigenthümer der Hauptsache auch Eigenthümer der Nebensache in dem Sinne wird, daß er auch nach der Trennung der Nebensache von der Hauptsache Eigenthümer der selbständig gewordenen Nebensache bleibt, hängt davon ab, ob die Nebensache in dem Sinn (vgl. oben §. 52 a. E.) integrirender Theil der Hauptsache ist, daß sie sich ohne Verletzung und Veränderung ihres Wesens von dieser nicht trennen läßt. Im ersten Falle wird der Eigenthümer der Hauptsache Eigenthümer der Nebensache[14] und zwar nach der richtigen Ansicht ipso jure durch die bloße Macht der Thatsache, daß die Nebensache ein integrirender Theil der ihm gehörigen Hauptsache geworden ist[15]. Im zweiten Falle dagegen behält der frühere Eigenthümer sein Eigenthumsrecht, dieses erscheint aber als dormiens und macht sich erst nach der Trennung der Nebensache von der Hauptsache geltend[16].

4) Wird die Hauptsache *veräußert* z. B. verschenkt oder verkauft und tradirt, so ist auch die Nebensache dann *stets* und *unbedingt* mit veräußert und mittradirt, wenn an der Nebensache überhaupt oder doch während ihrer Verbindung mit der Hauptsache ein Sondereigenthum unmöglich ist[17].

Eigenthümer des Armes, des Fußes u. s. f. und der dritte Besitzer muß die ganze Sache herausgeben. l. 23 i. f. D. de R. V. l. 26 §. 1 D. de A. R. D. Ganz anders verhält es sich in jenen Fällen, wo die eine Sache nicht als Accession der andern erscheint und mit ihr nicht *einen* Körper bildet wie z. B. bei Pertinenzen, was in Ansehung der Vindication und der exceptio rei judicatae von Wichtigkeit wird; vgl. auch §. 52 Note 12.

14) §. 33. 34 I. de rer. divis. (2, 1) l. 23 §. 2—5 D. de R. V. l. 7 §. 13 l. 9 §. 1. 2 D. de A. R. D. Im österreichischen Recht hat dieser Grundsatz unter dem Einfluß der älteren naturrechtlichen Schule zum entschiedenen Nachtheil der Sache wesentlichen Abbruch erlitten, indem in vielen Fällen *Miteigenthum* angenommen wird; §. 414—416 a. b. G. B. Das Nähere in der Lehre vom Eigenthum.

15) Auch dieser Grundsatz hat im österreichischen Recht unter den gleichen Einflüssen die unpassende Modification erlitten, daß in manchen Fällen noch Occupation hinzutreten muß um den Eigenthumserwerb zu vollziehen §§. 407. 412 a. b. G. B. Das Nähere im besondern Theil.

16) Die Vindication der Nebensache ist daher gleichfalls erst nach der Trennung derselben von der Hauptsache möglich; l. 23 §. 5 D. de R. V. l. 7 §. 10 D. de A. R. D. l. 6 l. 7 D. ad exhib. (10, 4).

17) Dieß ist z. B. unstreitig der Fall in Ansehung des Hauses das auf einem Grundstück steht; veräußert daher Jemand den Grund und Boden, so ist auch das darauf stehende Haus unbedingt mit veräußert und ein Vertrag den Grund ohne das Haus zu tradiren ist völlig wirkungslos l. 44 §. 1 D. de O. et A. — sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere nihil proficit quo minus et superficies transeat quae natura solo cohaereat. cf. l. 98 §. 8 D. de solut. (46, 3) l. 26 D. de usurp. (41, 3). Das Gleiche gilt in An-

5) Wird die Hauptſache verpfändet, ſo iſt die Nebenſache im engern Sinn der Zuwachs ebenfalls mit verpfändet[18] und zwar ergreift dieſer Pfandnexus nicht nur die zur Zeit der Verpfändung der Hauptſache bereits vorhandenen Nebenſachen ſondern von ſelbſt auch die erſt ſpäter hinzukommenden Nebenſachen[19], weil dieſe eben nur unſelbſtändige Beſtandtheile des einen Ganzen bilden[20].

Pertinenzen, Zubehör im eigentlichen Sinn[1].

§. 55. Unter Pertinenzen[2] (Zubehör im engern und eigentlichen Sinn, Hilfsſachen) verſteht man einzelne Sachen welche zu

---

ſehung der Bäume die im Boden wurzeln und der hängenden Früchte: wer den Garten verkauft, hat hiermit auch die Bäume und Früchte veräußert und er kann nicht etwa den einen oder den andern Baum von der Tradition ausnehmen. Verkauft Jemand ſein Grundſtück und nimmt er die ſtehenden Früchte von der Veräußerung aus (l. 40 §. 3. 4 D. de C. E.), ſo iſt ein doppelter Vertrag vorhanden; der Käufer des Grundſtücks wird Eigenthümer der Früchte, iſt aber verpflichtet die getrennten Früchte dem Verkäufer zu trabiren. Verkauft Jemand ſein Grundſtück und behält er ſich das Haus oder die Bäume vor, ſo iſt darin die Conſtituirung eines Superficiarrechts zu ſehen (l. 1 §. 1 D. de superf. 43, 18 §. 1125 a. b. G. B.). Veräußert Jemand ſein Haus, ſo kann er ſich nicht an den zur Ausbeſſerung verwendeten Ziegeln und Balken das Eigenthum vorbehalten: veräußert Jemand dagegen einen mit werthvollen Steinen beſetzten Ring, ſo mag er ſich wohl an dem einen oder andern Stein das Eigenthum vorbehalten; vgl. oben §. 52 Note 13. Zu weit geht hierin wohl Wächter II S. 244 Nr. 2.

18) Wird daher das Grundſtück verpfändet, ſo iſt das darauf ſtehende Haus ebenfalls verpfändet und umgekehrt. l. 21 D. de pignor. act. (13, 7) Domo pignori data et area ejus tenebitur, est enim pars ejus: et contra jus soli sequetur aedificium. §. 457 a. b. G. B.

19) Wird daher das verpfändete Grundſtück ſpäter durch Alluvion vergrößert, ſo ſteht das ganze Grundſtück im Pfandnexus (l. 16 pr. D. de pign. 20, 1). Wird auf dem verpfändeten Areal ſpäter ein Haus aufgebaut oder an der Stelle des abgebrannten Hauſes ein anderes errichtet, ſo wird das neue Haus ſofort und unbedingt vom Pfandnexus ergriffen. l. 29 §. 2 D. de pign. (20, 1).

20) Ganz anders verhält es ſich auch in dieſer Beziehung bei den Pertinenzen; vgl. folg. § Nr. 6.

1) Von neueren Schriftſtellern über dieſe ſchwierige Materie vgl. Geſterding Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten 1818 Nr. X Das Syſtem des römiſchen Rechts von den Pertinenzen S. 304 fg., Funke Die Lehre von den Pertinenzen 1827 2. Titelausgabe 1850 (vgl. dazu Puchta in den Erlanger Jahrbüchern Bd IX S. 18 fg.), Kierulff Theorie I S. 330 fg., Sintenis Civilr. I S. 430 fg., Wächter Handb. II §. 44 und Erörterungen Heft I Nr. II S. 36 fg., Heyne im Rechtsler. Art. Pertinenz Bd VII S. 904 fg., Böcking I §. 84, Beſeler Syſtem II §. 78. — Die ältere Literatur ſ. bei Funke S. 7 fg., vgl. noch Weſtphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht u. ſ. f. 1794 S. 98 fg., Glück Pandekt. II S. 524 fg. Bd XVI §. 983.

2) Der Ausdruck Pertinenz iſt wie es ſcheint erſt ſeit dem 17. Jahrh.

einer andern Sache in einem ſolchen Verhältniß ſtehen, daß ſie als zu ihr gehörig angeſehen und behandelt werden und daher in der Regel die juriſtiſchen Schickſale derſelben theilen, ohne jedoch in dieſem Verhältniß ihre Selbſtändigkeit gänzlich zu verlieren und zu einem wirklichen Beſtandtheil der Hauptſache zu werden. Die Pertinenzen ſetzen Sachen voraus, welche ein fertiges vollendetes Ganze bilden, zu denen ſie hinzutreten um ihren Zwecken zu dienen, um ſie zu bewahren, zu ſchützen, um ſie beſſer gebrauchen zu können u. ſ. w. Daraus ergibt es ſich einerſeits, daß Pertinenzen nicht integrirende d. h. zur Vollendung weſentliche Beſtandtheile der Sachen ſind, da ſie zu einer ſchon vollendeten Sache hinzutreten, andererſeits daß die Pertinenzen allerdings Nebenſachen ſind, weil ſie zu einer Hauptſache in einem Abhängigkeitsverhältniß ſtehen: jede Pertinenz iſt eine Nebenſache aber nicht jede Nebenſache iſt eine Pertinenz. Ziegel und Balken eines Hauſes, Thüren und Fenſter desſelben ſind integrirende Beſtandtheile des Hauſes: der Blitzableiter dagegen, die wegnehmbaren Vorfenſter eines Hauſes welche zu Zeiten eingeſetzt werden ſind Pertinenzen desſelben. Das Haus iſt ohne Ziegel und Balken kein Haus, wohl aber ohne Blitzableiter, der nur dazu dient das fertige Haus zu ſchützen. Die Pertinenzen dienen den Zwecken einer beſtimmten Sache (Hilfsſachen), ſie haben auf dieſe beſtimmte Sache Beziehung und werden daher als ihr dienend zu ihr gehörig angeſehen und behandelt. Daraus ergibt ſich daß jene Sachen nicht Pertinenzen genannt werden können, welche mit einer andern Sache gemeinſchaftlich einem gewiſſen Zweck dienen ſollen[3]; in ſolchen Fällen iſt keine Sache Hauptſache, keine Nebenſache. Daher kann zwar das Futteral Pertinenz eines Schmuckes oder eines Inſtrumentes ſein, da es dazu dient dieſes zu bewahren; daher kann der Blitzableiter die Statue Pertinenz eines Hauſes ſein, weil ſie den Zwecken dieſes Hauſes dienen, es vor Untergang bewahren, es ſchmücken und verzieren u. ſ. w. Dagegen ſtehen Meſſer und Gabel, Nadel und Fingerhut, Schwert und Lanze, Sattel und Zeug, Schachbrett und Schachfiguren u. ſ. w. nicht im Verhältniß der Haupt- und Hilfsſache, weil

---

gangbar geworden (Sintenis a. a. O. Note 37). Die mittelalterliche Bezeichnung iſt aisium, aysium, aysamentum (Hilfsſache) vgl. Böcking Note 1.

3) Vgl. Funke S. 12.

keines dem andern dient ſondern mit ihm gemeinſchaftlich einem dritten Zweck zu dienen beſtimmt iſt. — Die Pertinenz iſt dazu beſtimmt den Zwecken einer andern Sache zu dienen. Es beruht daher auf einer Verwirrung der Begriffe wenn man wie es öfters geſchieht von Pertinenzen von Rechten ſpricht[4]. Die Sachen welche erforderlich ſind um ein Recht auszuüben, die adminicula eines Rechts wie z. B. das Jagdzeug um die Jagdgerechtigkeit auszuüben, das Fiſchzeug um Fiſcherei zu treiben ſind Mittel zur Ausübung des Rechts, ſie verhalten ſich zu dieſem aber nicht wie Nebenſachen zur Hauptſache und ſtehen zu dem fraglichen Recht ebenſowenig in einem Pertinenzverhältniß wie der Beſitz zum Eigenthum, wie die zur Ausübung einer Servitut erforderlichen Anſtalten zum Servitutsrecht ſelbſt.

Die Pertinenzen bewahren im Verhältniß zur Hauptſache der ſie dienen und helfen theilweiſe ihre Selbſtändigkeit; ſie treten nicht in eine ſolche Verbindung mit der Hauptſache, daß ſie mit ihr Einen Körper Ein Ganzes ausmachen würden in welchem ſie als Beſtandtheile erſchienen[5]. Sowenig die Pertinenzen integrirende Beſtandtheile des Ganzen ſind, ſo wenig ſind ſie außerweſentliche Beſtandtheile desſelben: ſie ſind gar nicht wirkliche Theile der Sache ſondern ſie werden nur in gewiſſen Rechtsverhältniſſen ſo angeſehen als wären ſie Theile der Sache d. h. ſie gelten in der Regel in den Verfügungen über die Hauptſache als mit inbegriffen. Das Futteral eines Schmuckes iſt nicht ein Stück Schmuck, das Futteral bildet mit dem Schmuck nicht ein Ganzes in welchem das Futteral zu einem Theile des Schmucks würde; der Blitzableiter iſt kein Stück Haus; der Garten der zum Hauſe hinzugekauft wurde iſt nicht ein Beſtandtheil des Hauſes; der Weinpfahl kein Stück des Weinbergs, der Dünger und Miſt kein Stück des Ackers u. ſ. w. Gerade hierin liegt der entſcheidende Punkt, welcher für die ganze Auffaſſung des Inſtituts der Pertinenzen den Ausſchlag gibt und gerade dieſer Punkt iſt früher ſtets verkannt worden. Bis auf unſere Zeit herauf hielt man nemlich die Pertinenzen für

4) So. z. B. das preußiſche Landrecht I 2 §. 67 und Koch I §. 95, ebenſo Phillips Deutſches Privatr. I S. 398; ſ. dagegen Böcking Note 4 a. E.

5) Immerhin aber können die Pertinenzen phyſiſch in feſter Weiſe mit der Hauptſache verbunden ſein. Hierdurch werden ſie zwar gleichfalls nicht zu Beſtandtheilen des Ganzen, aber ſie verlieren hierdurch ihre phyſiſche Einzeleriſtenz, was in mancher Beziehung von Wichtigkeit iſt; vgl. oben §. 52 Text zu Note 11—13; §. 53 Note 2 und weiter unten Note 16. 17.

Beſtandtheile der Sachen[6] und ging bei ſchärferer Unterſcheidung höchſtens ſo weit, ſie in Gegenſatz zu den integrirenden weſentlichen Beſtandtheilen der Sache zu ſtellen und ſie als unweſentliche Theile als Nebenbeſtandtheile der Sache zu definiren[7]. Dieſe Auffaſſung, welche leicht zu praktiſchen Irrthümern führen kann, iſt ſelbſtverſtändlich auch die der öſterreichiſchen Geſetzgebung. Auch von dieſer werden die Pertinenzen ſtets und mit Nachdruck als ein Theil der Sache als ein wirklicher Beſtandtheil der Hauptſache dargeſtellt und höchſtens von den ſogenannten Hauptbeſtandtheilen, den integrirenden Theilen der Hauptſache unterſchieden; ſo z. B. im §. 4047 wo Beſtandtheile und Zugehör in dem Sinne wie Haupt- und Nebenbeſtandtheile unterſchieden werden, und noch ſchärfer in mehreren älteren und neueren Verordnungen[8]. So z. B. heißt es im Hofdecret vom 7. April 1826

---

6) So beginnt z. B. Geſterding in der angef. Abhandl. ſeine Darſtellung mit folgender Definition: „Unter Pertinenzien werden verſtanden Sachen, welche mit einer andern in Verbindung ſtehen und zwar in einer ſolchen, daß ſie als zu einem Ganzen vereinigte Theile anzuſehen ſind," und fügt hinzu: „da die Pertinenzien Acceſſorien und Theile der Hauptſache ſind, ſo nehmen ſie Theil an dem Schickſal der Hauptſache. Ja es iſt zwiſchen ihnen und ſolchen Theilen, die als weſentliche Beſtandtheile das Ganze conſtituiren, in der Sphäre des Rechts kein Unterſchied." Daher kommt es, daß Geſterding und die älteren Schriftſteller wie Glück und Weſtphal a. d. a. O., Schweppe Handb. I §. 294 u. A. in der Lehre von den Pertinenzen die verſchiedenſten Sachen bunt durcheinander werfen und z. B. Ziegel und Balken als Pertinenzen der Häuſer anführen. Ja ſelbſt bei Seuffert Pandekt. I §. 64 findet ſich in auffallender Weiſe dieſer Mangel gehöriger Unterſcheidung.

7) Schon Geſterding S. 350 unterſcheidet in dieſer Art. Auch Funke S. 14 fg. und Kierulff S. 330 fg. definiren die Pertinenzen als außerweſentliche Beſtandtheile als Nebentheile und bringen ſie bloß in Gegenſatz zu den integrirenden weſentlichen Beſtandtheilen; vgl. dagegen die Ausführungen von Wächter Erörter. S. 87 fg. Die richtige Begriffsbeſtimmung findet ſich bei Koch Schleſiſches Archiv Bd V S. 300 fg. und nunmehr auch bei den neueren Germaniſten ſo bei Renaud I §. 240, Beſeler II §. 78, Bluntſchli I §. 52, Gerber Syſtem §. 50, Heyne im R. L. S. 905. Unſere öſterreichiſchen Schriftſteller dagegen bewegen ſich noch immer in der alten Begriffsverwirrung; bei Stubenrauch I S. 643 findet ſich zwar ein Anfang zur Beſſerung, indem er die Pertinenzen als Sachen definirt, welche ohne Theil einer andern Sache zu ſein zu ihrem fortdauernden Gebrauch beſtimmt ſind:" allein es bleibt bei dieſem Anfang und es wird von jener richtigen Erkenntniß kein Gebrauch gemacht, ſondern (S. 644) als Pertinenzen eines Hauſes eingemauerte Spiegel aufgeführt und S. 647 Nr. 7 allgemeine Sätze aufgeſtellt, welche in dieſer Allgemeinheit entſchieden unrichtig ſind.

8) Zu dieſer Auffaſſung der Pertinenzen als wahrer Beſtandtheile der Haupt-

(Michel Nr. 509): „Da das auf einem unbeweglichen Gute befindliche Getraide, Holz, Futter, Geräthe und Vieh insofern dasselbe zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich ist nach §. 294 und 296 a. h. G. B. als eine unbewegliche Sache und als Zugehör, mithin als Bestandtheil des Gutes selbst zu betrachten ist, so können dergleichen Gegenstände nicht abgesondert in Execution gezogen und dabei nach den für Fahrnisse ertheilten Vorschriften behandelt, sondern nur mit dem unbeweglichen Gute wozu sie gehören zugleich und nach den für unbewegliche Güter geltenden Gesetzen gepfändet, geschätzt und versteigert werden [9].“ — Diese

sache hat insbesondere der Umstand viel beigetragen, daß die an sich unbeweglichen Sachen, welche als Pertinenz zu einer unbeweglichen Sache hinzukommen, in dem Hauptbuch unter der Rubrik „Bestandtheile“ des ens tabulare eingetragen werden.

9) Dieses Hofdecret ist hier deßhalb in seinem vollen Umfang mitgetheilt worden, weil die Motivirung, welche es enthält, in hohem Grad auffallend ist und bereits vielfach zu irriger Auffassung Veranlassung gegeben hat. So wie dieses Hofdecret die Bestimmung, daß der s. g. fundus instructus bei Landgütern nicht abgesondert in Execution gezogen werden dürfe, motivirt, stellt sich diese Bestimmung als ein Corollar aus dem Begriff des Zubehörs als angeblichen Bestandtheils heraus und wird auch als ein solcher logischer Folgesatz von unsern Schriftstellern und Gerichten aufgefaßt. Allein die Sache verhält sich in der That ganz anders. Die ratio legis jener Bestimmung (einer Bestimmung, welche sich auch in andern Ländern z. B. im Königreich Sachsen nach §. 53 des Executionsgesetzes v. 28. Febr. 1838 findet Heyne im R. L. Bd VII S. 907) ist die Rücksicht auf die Landwirthschaft. Es darf in das bei einem zur Landwirthschaft bestimmten Grundstück befindliche zur Beschlagung und Bewirthschaftung des Gutes unentbehrliche Inventar die Hilfe nicht vollstreckt werden, um das Gut nicht in einen solchen Zustand zu bringen, in welchem es ganz entblößt dastünde und seine Bewirthschaftung ins Stocken geriethe. Es ist dieß dieselbe legislatorische Rücksicht, welche schon im römischen Recht zu der Bestimmung geführt hat, daß die Ackergeräthschaften von Landgütern nicht verpfändet werden dürfen (l. 8 C. quae res pignor. obl. 8, 17) und in einer andern Richtung die Bestimmung der allg. G. O. (§. 340) veranlaßt hat, daß von der Pfändung der Mobilien die nöthigsten Werkzeuge ausgenommen sind. Der Grund den das fragliche Hofdecret angibt ist umsoweniger die ratio juris, da der Sonderverpfändung und Sondervereexecution der wirklichen Bestandtheile eines Grundstücks nichts im Wege steht, dafern nur diese Theile trennbar sind und wirklich bereits getrennt wurden. Wer zweifelt z. B. daran, daß auf Früchte eines Grundstücks Execution geführt werden kann (§. 320 allg. G. O.) und dennoch sind die Früchte wirkliche, nicht bloß wie die Pertinenzen angebliche Bestandtheile des Grundstücks. Hieraus ergibt sich denn, daß die Bestimmung jenes Hofdecrets eine singuläre contra rationem juris introducta und daher nicht ad consequentias producenda ist. Es ist daher einerseits durchaus irrig, wenn unsere Schriftsteller die Bestimmung dieses Hofdecrets als eine nothwendige selbstverständliche Wirkung aus dem Wesen der Pertinenz darstellen wollen (so z. B. ganz neuerlich Stubenrauch I S. 617

Auffassung der Pertinenzen als Theile der Hauptsache muß wenn sie folgerichtig durchgeführt wird zu sehr irrigen der Natur der Sache geradezu widerstrebenden Consequenzen führen, Consequenzen welche wohl auch Jene nicht gelten lassen wollen, welche die Pertinenzen als Bestandtheile der Hauptsache bezeichnen. Diese Bezeichnung wird nemlich gerade in jenen einzelnen Fällen gebraucht, wo man es recht scharf hervorheben will, daß die Pertinenzen gerade so zu behandeln seien, als wären sie wirklich Theile der Hauptsache, daß also für sie dasselbe gelten solle was für die Hauptsache gilt. Man läßt sich in solchen Fällen zu dem Ausdrucke verleiten, die Hilfssache sei ein Theil ein wirklicher Bestandtheil der Hauptsache, übersieht aber daß man dann leicht in die Versuchung kommen kann auch in allen übrigen Fällen für die Pertinenzen jene Grundsätze in Anwendung zu bringen, welche nur für die wirklichen Bestandtheile der Sache gelten und welche auf Pertinenzen angewendet zu ganz verkehrten Resultaten führen müssen. Um dieß Verhältniß klar zu machen soll nunmehr die rechtliche Bedeutung geschildert werden, welche die Pertinenzqualität hat und die Wirkungen, welche sie hervorbringt.

Die Pertinenzqualität einer Sache d. h. ihre Eigenschaft die Hilfssache einer andern zu sein ist juristisch in der Beziehung von Bedeutung und Wirkung, daß die Pertinenz *in der Regel* die juristischen Schicksale der Hauptsache theilt, daß also *gewisse* Rechtsverhältnisse, in denen die Hauptsache steht, *gewisse* Rechtsverfügungen, welche über die Hauptsache getroffen werden, sich von selbst auch auf die Hilfssache beziehen, ohne daß es nöthig wäre sie ausdrücklich auch auf die Hilfssache zu erstrecken, da diese eben als zur Hauptsache gehörig angesehen und behandelt wird. Die Rechtsverhältnisse bei denen dieses gilt sind Veräußerungen, sowohl entgeltliche als unentgeltliche, letztwillige Verfügungen und in gewisser Beziehung auch Verpfändungen. Wer sein Haus verkauft, verkauft mit

lit. c), andererseits ganz verkehrt diese singuläre Bestimmung auf andere Fälle ausdehnen zu wollen und daraus z. B. zu folgern, daß das an sich bewegliche Zugehör eines Hauses keiner Separatexecution unterzogen werden dürfe. Schon von diesem Gesichtspunkt aus kann ich die Entscheidung des obersten Gerichtshofes (Allg. Gerichtszeit. 1852 Nr. 18), daß die Maschinen einer Fabrik als ein Zubehör derselben kein Gegenstand einer separaten Mobiliarpfändung seien, nicht für richtig halten, ganz abgesehen davon, daß wie später gezeigt werden wird (vgl. Note 42) die Maschinen gar nicht Pertinenzen im technischen Sinn einer Fabrik sind.

dem Hauſe auch den Blitzableiter; wer ſein Haus vermacht oder verpfändet, vermacht oder verpfändet damit auch den Garten, der zu dieſem Hauſe gehört[10]. In ſo fern und in dieſen Beziehungen gilt von den Hilfsſachen dasſelbe was ſonſt von den Theilen einer Sache gilt; ſogut die Thüren und Fenſter, die Ziegel und Balken des Hauſes im Hausverkaufe mit inbegriffen ſind, ebenſogut iſt es der Blitzableiter. In allen übrigen Beziehungen jedoch iſt die Hilfsſache nicht ſo anzuſehen als wäre ſie ein wirklicher Beſtandtheil der Sache; die Pertinenzen haben alſo im übrigen durchaus propriam et separatam conditionem (l. 7 §. 1 D. pro empt. 41, 4) und man kann auf die Pertinenzen nicht den Grundſatz anwenden, was vom Ganzen gilt gilt von den Theilen, da ſie eben nicht wirklich Theile ſind. Somit ergeben ſich folgende für die rechtliche Behandlung weſentliche Unterſchiede der Pertinenzen von den Theilen und insbeſondere vom Zuwachs:

1) Iſt die Sache welche zu einer unbeweglichen Sache als Hilfsſache hinzukommt eine bewegliche, ſo wird ſie dadurch allein daß ſie die Pertinenzqualität erhält[11] nicht zu einer unbeweglichen. Man hat zwar früher allgemein gelehrt, bewegliche Pertinenzen einer unbeweglichen Sache würden durch die Pertinenzqualität zu unbeweglichen Sachen im rechtlichen Sinn (res civiliter immobiles)[12] und auch

---

10) l. 94 §. 3 D. de leg. III l. 94 §. 5 eod. Qui domum possidebat hortum vicinum aedibus comparavit ac postea domum legavit; si hortum domus causa comparavit ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret aditumque in eum per domum habuit et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. l. 31 eod. l. 52 §. 3 D. de A. E. (19, 1).

11) Es iſt nur hervorzuheben daß die Pertinenzqualität die bewegliche Sache nicht zur unbeweglichen mache, z. B. eine Feuerſpritze die ins Haus geſtellt wird (§. 297 a. b. G. B.) bleibt eine res civiliter mobilis. Wenn die Hilfsſache behufs ihrer Beſtimmung in den Grund und Boden eingefeſtet und mit einer unbeweglichen Sache in feſte Verbindung gebracht wird (z. B. dolia defossa l. 17 pr. D. A. E. 19, 1 eingegrabene Fäſſer, aufgeſetzte Blitzableiter u. ſ. f.), ſo werden ſie, ſolange dieſe Verbindung dauert, allerdings zu unbeweglichen Sachen; aber der Grund liegt nicht darin daß ſie Pertinenzen von Immobilien ſind, ſondern darin daß ſie mit dem Grund und Boden in die fragliche Verbindung geſetzt worden ſind; vgl. §. 58 Note 2.

12) Vgl. Glück Comment. II S. 524 fg., Thibaut Syſtem §. 472; ja ſelbſt bei Funke (S. 46 fg. S. 159 fg.) findet ſich noch dieſe Auffaſſung, welche ihn zu weſentlich falſchen Reſultaten führt; vgl. dagegen Sintenis I S. 433 Note 58, Wächter Handb. II S. 248 lit d.

das österreichische Gesetzbuch hat dieser Auffassung gehuldigt (§. 293), ja es stellt die ganze Lehre von den Pertinenzen unter die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche[13] (§. 293 fg.). Allein die Bezeichnung des beweglichen Zugehörs einer unbeweglichen Sache als unbeweglich im rechtlichen Sinn kann nur in der oben im §. 48 Nr. II entwickelten Weise verstanden werden, wonach man den Ausdruck der Unbeweglichkeit häufig solchen Sachen beilegt, welche an sich beweglich in gewissen (nicht allen) Rechtverhältnissen so behandelt werden als wären sie unbeweglich, so daß dann für sie dasjenige gilt, was sonst nur für die an sich unbeweglichen Sachen gilt. Bewegliche Pertinenzen unbeweglicher Sachen gelten als unbeweglich im rechtlichen Sinn heißt demnach: diese Pertinenzen stehen von selbst in gewissen Rechtsverhältnissen in welchen die Hauptsache steht[14]. In allen übrigen Rechtsverhältnissen gilt die an sich bewegliche Hilfssache der unbeweglichen Hauptsache auch in rechtlicher Beziehung als beweglich. Bewegliche Hilfssachen werden daher insbesondere als bewegliche besessen und als bewegliche nach den Grundsätzen für bewegliche Sachen ersessen. Wenn A eine Feuerspritze kauft oder einen Löscheimer (§. 296 a. b. G. B.) und ihn in sein Haus als Pertinenz stellt, so besitzt er diese Sachen als bewegliche Einzelsachen und ersitzt sie unter Umständen in drei oder sechs Jahren und es wird wohl Niemand ernstlich behaupten wollen, die Feuerspritze werde durch die Pertinenzqualität zur unbeweglichen Sache und könne daher erst in dreißig Jahren ersessen werden[15]. Werden bewegliche Hilfssachen

---

13) Ähnlich ist die Behandlung der Pertinenzen bei Glück a. a. O. und im Code Napoléon. — Unsere Schriftsteller ohne Ausnahme finden hierin weder etwas Auffallendes, noch bestimmen sie den Begriff der Unbeweglichkeit an sich beweglicher Pertinenzen im rechtlichen Sinn irgendwie näher, so daß man nach der allgemeinen Art und Weise wie sie sich ausdrücken glauben muß daß sie die civile Immobilität solcher Pertinenzen in allen Stücken annehmen.

14) Diese Rechtsverhältnisse sind die früher angegebenen; Veräußerungen, letztwillige Verfügungen und in gewisser Beziehung Verpfändungen. Auch sonst gilt noch in manchen Beziehungen für an sich bewegliche Hilfssachen unbeweglicher Hauptsachen was sonst nur von an sich unbeweglichen Sachen gilt; vgl. im Text Nr. 4 und 6, und ebenso sind ferner bei der Eintheilung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches unter dem letzteren auch die an sich beweglichen Pertinenzen unbeweglicher Hauptsachen begriffen; vgl. Wächter Handb. II S. 249.

15) Vgl. insbes. Sintenis Note 58, der daselbst eine frühere Ansicht (civilist. Archiv Bd XX S. 96) mit Recht zurücknimmt.

einer unbeweglichen Sache veräußert, so ist dieß ein Geschäft über bewegliche Sachen u. s. f.

2) An den Hilfssachen ist im Verhältniß zur Hauptsache ein gesonderter Besitz Mehrerer möglich; so kann der A das Haus besitzen und die Feuerspritze im Namen des B detiniren. Ebenso kann derselbe Besitzer einen abgesonderten Besitz an der Hilfssache haben, was denn auch insbesondere für an sich bewegliche Hilfssachen einer unbeweglichen Hauptsache gilt (Nr. 1)[16].

3) Dadurch daß eine Sache zur Hilfssache gemacht wird, wird der Eigenthümer der Hauptsache auch nicht mittelbar zum Eigenthümer der ihm nicht gehörigen Nebensache, diese verbleibt vielmehr fortwährend ihrem bisherigen Eigenthümer der sie beliebig vindiciren kann[17]. Es sind also die Fragen des Eigenthumserwerbs und der Pertinenzqualität durchaus gesonderte und stehen in keinem solchen innern Zusammenhange wie der Eigenthumserwerb und der Zuwachs[18]. Daher ist es aber für die Frage der Pertinenzqualität einer Sache gleichgiltig, ob der Eigenthümer der Hauptsache, der eine andere Sache als Hilfssache mit dieser verbindet, Eigenthümer dieser Hilfssache ist oder nicht[19]: die Hilfssache erscheint immerhin als solche,

16) Wenn A daher zu seinem Haus einen Garten oder zu seiner Wiese ein anderes Stück hinzukauft, so besitzt er jedes Stück für sich (sie haben propriam et separatam conditionem) und jedes wird selbständig ersessen (l. 7 §. 4 D. pro empt. 41, 4); an diesem Grundsatz wird selbst durch das Institut der öffentlichen Bücher nichts geändert. Dafern jedoch die Hilfssache in Folge der physischen Verbindung ihre Sondererisstenz verliert, ist an ihr während dieser Verbindung ein gesonderter Besitz Mehrerer in der Regel nicht möglich vgl. §. 52 Note 11.

17) Wenn A eine Feuerspritze vom Nichteigenthümer kauft und sie in sein Haus stellt, so bleibt die Feuerspritze im Eigenthum ihres bisherigen Eigenthümers, der sie beliebig vindiciren kann. Da das Zubehör mit der Hauptsache in der Regel nicht Ein Ganzes ausmacht quod uno spiritu continetur wie der Zuwachs (l. 28 §. 5 i. f. D. de R. V.), so ergibt sich daraus, daß die auf die Hauptsache angestellte Vindicationsklage in ihrem Petit und Beweis zugleich auf das Zubehör gerichtet werden muß: eine Ausnahme tritt wieder in dem Fall ein, daß die Hilfssache durch die physische Verbindung ihre Einzelexistenz verliert vgl. §. 52 Note 12.

18) Es ist daher ganz unrichtig und aus der mangelnden Unterscheidung zwischen Zuwachs und Pertinenz hervorgegangen, wenn Rippel Erläut. III S. 16 sagt: „Eine solche Vereinigung ist als ein Zuwachs anzusehen und nach den §§. 414. 415 a. d. G. B. aufgestellten Grundsätzen zu behandeln;" vgl. dagegen auch Heyne S. 913. 914.

19) Zeiller II S. 16 hat zwar das Gegentheil behauptet, insbesondere mit Hinblick auf die Bestimmung des preuß. Landrechts I 2 §§. 60. 108 (ebenso Beseler II S. 23), allein mit Unrecht, da in der That auf die Bestimmung einer

sie ist daher mit veräußert und mit vermacht[20], nur daß selbstverständlich die Rechte des Eigenthümers der Hilfssache dadurch nicht beeinträchtigt werden können[21].

4) Die Veräußerung der Hauptsache begreift in sich auch die Veräußerung der zur Zeit der Veräußerung bereits damit verbunden gewesenen Hilfssache (vgl. §. 1047 a. b. G. B.). Eine erst später nach der Veräußerung damit verbundene Hilfssache wird nicht durch den obligatorischen Nexus in dem die Hauptsache steht ergriffen, sondern der Veräußerer hat bloß die Hauptsache zu übergeben[22]. Auch hierin findet ein wesentlicher Unterschied der Pertinenz vom Zuwachs[23] statt, ein Unterschied der sich daraus allein erklärt, daß die Pertinenzen nicht Theile des Ganzen sind[24]. — Bei der Veräußerung kann der Veräußerer das Zubehör ausnehmen und es ist doch noch immer die ganze Sache die veräußert wird[25] und in gleicher Weise kann er sich an der Hilfssache als solcher das Eigenthum ohne weiteres vorbehalten. Ebenso kann man die Hilfssache für sich

Sache zur Hilfssache die Eigenthumsfrage keinen Einfluß haben kann. Die richtige Ansicht haben Stubenrauch I S. 614, Nippel Erläut. III S. 16, s. jedoch Note 21.

20) Es ist dieß dann eben die Veräußerung einer fremden Sache, das Legat einer fremden Sache.

21) Daher wird die fremde Hilfssache durch den Pfandnexus nicht ergriffen, wenn der Eigenthümer der Hauptsache dieselbe verpfändet. Mit Unrecht stellt Nippel III S. 17 die entgegengesetzte Ansicht auf.

22) Argum. l. 18 §. 13 D. de A. E. (19, 1) — non tamen si quid ex re venditoris.

23) l. 7 pr. D. de peric. rei vend. (18, 6) Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem — ad emptoris commodum — pertinet.

24) Wenn also z. B. A ein Grundstück verkauft und es wird nach dem zur Übergabe bedungenen Termin durch Alluvion vergrößert, so muß er mit dem Grundstück auch das angesetzte Stück Landes tradiren; wenn aber A ein Haus verkauft und es wird später z. B. durch seine Erben, die vom Kaufgeschäft nichts wissen, ein Garten als Zubehör zum Haus hinzugefügt, so hat der Käufer auf den Garten durchaus keinen Anspruch. Deßhalb heißt es im §. 1050 a. b. G. B. „sammt dem Zuwachse," nicht „sammt dem Zubehör." — Anders verhält sich die Sache bei Legaten. Wenn A eine Sache vermacht und später zu ihr eine Sache als Hilfssache hinzufügt, so gebührt dem Legatar auch die Pertinenz; §. 49 l. de leg. (2, 20) l. 24 §. 2 D. de leg. Hier wird das Verhältniß also in der Art behandelt, wie sonst nur beim Zuwachs: similis est causa alluvionis.

25) Wenn A einen Schmuck ohne Futteral, ein Bild ohne Rahmen, ein Haus ohne die Feuerspritze verkauft, so bekommt der Käufer doch immer noch den ganzen Schmuck, das ganze Bild, das ganze Haus. Ganz anders dagegen verhält es sich, wenn der Verkäufer des Tisches die Schublade, des Gewehrs den Ladstock u. s. f. sich vorbehält.

allein veräußern und verpfänden. Eine Ausnahme findet nur rückſichtlich der an ſich unbeweglichen Pertinenzen unbeweglicher Hauptſachen ſtatt, welche im öffentlichen Buch eingetragen ſind, indem dieſe weder ohne Einwilligung der Pfandgläubiger von der Hauptſache getrennt von ihr abgeſchrieben und einer andern Realität zugeſchrieben werden können noch allein ohne die Hauptſache verpfändet werden dürfen[26].

5) Wenn der mit der Eigenthumsklage belangte Beſitzer einer Sache zur Herausgabe derſelben verurtheilt wird, ſo muß er zwar den Zuwachs als Theil des Ganzen mit herausgeben z. B. die ſtehenden Früchte, die Alluvion u. ſ. w.; die Zubehörungen aber, die er zur vindicirten Sache hinzugefügt hat, iſt er ohne weiteres befugt zurückzubehalten[27].

6) Bei Verpfändungen iſt jene Sache welche zur Zeit der Verpfändung bereits die Pertinenzqualität hatte mit der Hauptſache zugleich mit verpfändet[28]. Dieß gilt nicht nur von beweglichen Hilfsſachen beweglicher Hauptſachen und von an ſich unbeweglichen Hilfsſachen unbeweglicher Hauptſachen, ſondern auch von an ſich beweglichen Hilfsſachen unbeweglicher Hauptſachen und es findet in dieſer Beziehung die Abweichung von den Grundſätzen des Inſtituts der öffentlichen Bücher ſtatt, daß an ſich bewegliche Sachen welche als Pertinenz zu unbeweglichen Sachen hinzutreten durch die öffentlichen Bücher verpfändet werden können[29]. Doch müſſen dieſe be-

---

26) Es gilt hier von den Zugehörungen dasſelbe was von den wirklichen Beſtandtheilen eines intabulirten Gütercomplexes gilt. Das Nähere im Sachenrecht.

27) Unſere Schriftſteller ſtellen in der logiſchen Durchführung der Auffaſſung der Pertinenzen als Beſtandtheile der Hauptſache ohne Bedenken den Satz auf, daß der mit der Eigenthumsklage belangte Beſitzer wie den Zuwachs ſo auch die Pertinenz herausgeben müſſe (ſo z. B. neuerlichſt Stubenrauch I S. 616 Nr. 7 lit. b.) und berufen ſich hierfür auf §. 330 a. b. G. B. Wenn alſo z. B. A, der ein Haus vom Nichteigenthümer gekauft hat, eine ihm gehörige Feuerſpritze in das Haus geſtellt hat, ſo müßte er nach der Anſicht jener Schriftſteller dem vindicirenden Eigenthümer des Hauſes auch die Feuerſpritze hinausgeben!

28) §. 457 a. b. G. B. Nach römiſchem Recht verhält ſich die Sache wohl ebenſo; eine Stelle darüber findet ſich nicht, vgl. Wächter Handb. II S. 247 Note 2. Was Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts S. 464 darüber ſagt, ſcheint mir ungenügend und unbefriedigend.

29) Die Hypothek (das Pfandrecht ohne Detention der Pfandſache) erſtreckt ſich in dieſem Fall ausnahmsweiſe auch auf Mobilien, an denen in der Regel nur ein Fauſtpfand möglich iſt (§. 454 a. b. G. B.). — Daher hört das Pfandrecht

weglichen Sachen mit dem Grundstücke zusammen verpfändet werden; eine abgesonderte Verpfändung der beweglichen Pertinenzen von Immobilien durch das Grundbuch ist rechtlich unzulässig. Andererseits dagegen ist nach österreichischem Recht mit Rücksicht auf das Institut der öffentlichen Bücher die an sich zulässige selbständige Verpfändung natürlich unbeweglicher Pertinenzen nicht gestattet[30] (vgl. Nr. 4). — Die Hilfssachen welche erst nach der Verpfändung zur Hauptsache hinzukommen werden nicht von selbst durch den Pfandnexus ergriffen und auch hierin findet somit ein wesentlicher Unterschied der Pertinenz vom Zuwachs statt[31]. Dieß gilt sowohl in Ansehung des beweglichen Zubehörs beweglicher Hauptsachen als hinsichtlich der unbeweglichen Hilfssachen unbeweglicher Hauptsachen; der Garten z. B. der nach der Verpfändung zum verpfändeten Hause hinzugekauft wird wird nicht von selbst vom Pfandnexus ergriffen, weil die Pertinenz eben nicht wirklich Theil des Hauses ist[32]. Diese Sätze erleiden jedoch im österreichischen Recht eine Ausnahme, indem 1) jene an sich beweglichen Pertinenzen einer unbeweglichen Hauptsache vom Pfandnexus von selbst ergriffen werden, welche erst nach der Verpfändung der Hauptsache als Hilfssachen zu ihr hinzukommen und zur Zeit der Anstellung der Pfandklage noch als solche vorhanden sind; 2) indem an sich unbewegliche Hilfssachen welche zu einer unbeweglichen Hauptsache erst später hinzukommen und in dem öffentlichen Buche auf dem Folium der Hauptsache eingetragen sind von

---

an den natürlich beweglichen Pertinenzen einer unbeweglichen Hauptsache auf, sobald sie von der Hauptsache getrennt werden und ihre Pertinenzqualität verlieren, und es kann der Pfandgläubiger dieselben weder gegen den dritten (redlichen oder unredlichen) Besitzer noch gegen den separirenden Eigenthümer selbst verfolgen. Über die Verpfändung der beweglichen Pertinenzen einer Liegenschaft vgl. insbesondere Wächter Erörter. Heft I Erörter. II S. 36—54. Das baierische Hypothekengesetz §. 35 und das sächsische Gesetz §. 66 versagen dem Hypothekargläubiger mit Unrecht nur gegen den dritten redlichen Besitzer der veräußerten beweglichen Zubehörung den Anspruch. Das Nähere im Pfandrecht.

30) Sowenig wirkliche Bestandtheile eines Gütercomplexes vor der Trennung und Abschreibung selbständig verpfändet werden können, so wenig die an sich unbeweglichen Pertinenzen von Immobilien. Wo aber öffentliche Bücher nicht bestehen, kann der Eigenthümer des Hauses den Hausgarten allerdings für sich allein verpfänden.

31) l. 16 pr. D. de pignor. (20, 1) l. 18 §. 1 D. de pignerat. act. (13, 7).

32) So verhält es sich nach gemeinem Recht und ebenso nach preußischem (Allg. Landr. I 20 §. 454) und würtembergischem Recht (Bolley Bemerkungen zum neuen Pfandgesetz 1825 Bd. I S. 230).

dem Pfandnexus von ſelbſt ergriffen und mit der Hauptſache zugleich zum executiven Verkaufe gebracht werden [33]. Allein dieſe Ausnahmen erklären ſich nicht aus der Pertinenzqualität dieſer Hilfsſachen, ſondern was zunächſt die zweite Ausnahme betrifft aus der Einrichtung der Grundbücher, wonach immer das ganze verzeichnete ens tabulare Gegenſtand des betreffenden Rechtsverhältniſſes iſt, was aber die erſte Ausnahme betrifft aus der Auffaſſung der Verpfändung des Inventars als einer Sachgeſammtheit (ſ. g. universitas facti) [34].

In Anſehung der wichtigen und ſchwierigen Frage, welche Sachen im einzelnen Fall als Zubehörungen einer Sache anzuſehen ſeien, pflegt man gewöhnlich zwei Claſſen von Hilfsſachen anzunehmen [35]. Man unterſcheidet nemlich zwiſchen ſ. g. natürlichen präſumtiven Pertinenzen (Pertinenzen im engern Sinn) und gewillkürten Pertinenzen. In die erſte Claſſe ſollen jene Hilfsſachen gehören welche zu einer andern Sache in einem ſolchen Verhältniß ſtehen, daß ſie ſchon durch dieſes Verhältniß an ſich als Pertinenzen derſelben erſcheinen, ſo daß es alſo keiner beſondern Verabredung der Parteien bedarf damit ſie in dem concreten Falle als Zubehör betrachtet werden. Dieſe Sachen ſind daher im Zweifel (präſumtiv natürlicher Weiſe) als Pertinenzen zu behandeln ſobald jenes Verhältniß beſteht und es müßte eine beſondere Verabredung getroffen ſein, wenn ſie trotz jenes Verhältniſſes in einem concreten Falle nicht als Pertinenz behandelt werden ſollten. In dieſem Falle wird die Pertinenzqualität vermuthet d. h. es braucht bloß nachgewieſen zu werden, daß eine Sache zur andern in dem fraglichen Verhältniſſe ſtehe und es iſt dann Sache des Gegners nachzuweiſen, daß die fragliche Sache im concreten Rechtsverhältniſſe zufolge beſonderer Verabredung nicht als Pertinenz anzuſehen und zu behandeln ſei. So z. B. ſteht der Blitzableiter der am Hauſe aufgemacht iſt in einem ſolchen Verhältniſſe zum Hauſe, daß er als Hilfsſache desſelben

---

33) Vgl. Gönner Commentar über das Hypothekengeſetz für das Königreich Baiern 1823 I S. 359 §. III.

34) Vgl. Heyne Commentar über das königlich ſächſiſche Geſetz vom 6. Nov. 1843 die Grund- und Hypothekenbücher betreffend 1845 I S. 303.

35) Vgl. insbeſ. Wächter II S. 250 fg., wo dieſer Unterſchied am ſchärfſten und mit großer Klarheit entwickelt iſt.

erſcheint; iſt es alſo erwieſen daß zur Zeit da über das Haus ein Rechtsgeſchäft z. B. ein Kauf geſchloſſen wurde ein Blitzableiter auf dem Hauſe ſtand, ſo wird die Pertinenzqualität vermuthet und es treten die vorher angegebenen Wirkungen ein. — In die zweite Claſſe ſollen jene Sachen gehören welche an ſich ihrem objectiven Verhältniß nach nicht als Hilfsſache einer andern Sache erſcheinen, in einem concreten Rechtsverhältniß aber zufolge der Verabredung der Parteien dennoch als Zubehör betrachtet werden ſollen. In dieſem Falle wird die Pertinenzqualität nicht vermuthet und Derjenige welcher behauptet, daß eine Sache welche an ſich nicht als Hilfsſache einer andern erſcheint dennoch im concreten Falle als Pertinenz zu behandeln ſei, hat den erforderlichen Beweis zu führen. So z. B. ſind Sattel und Zeug nicht an ſich Zubehör eines Pferdes, ſie können aber in einem concreten Rechtsverhältniß z. B. bei einem Kauf als zum Pferd gehörig betrachtet werden und daher in demſelben Verhältniß ſtehen in welchem das Pferd ſelbſt ſteht. — Man hat für dieſe beiden Claſſen von Zubehörungen öfter den Ausdruck gebraucht[36], die Pertinenzqualität beruhe theils auf Geſetz und Herkommen theils auf Privatwillkür, und hat daher, übrigens in ziemlich unpaſſender Weiſe, von geſetzlichen Pertinenzen im Gegenſatz zu gewillkürten geſprochen. In einem andern Sinn gebraucht das öſterreichiſche Geſetzbuch den Ausdruck „geſetzliche Pertinenz," indem es im §. 294 die Pertinenzen in ſolche unterſcheidet, „welche das Geſetz oder der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauch der Hauptſache beſtimmt hat[37]." Dieſe Ausdrucksweiſe iſt ganz unpaſſend und kann leicht zu irrigen Folgerungen führen[38]. Es iſt nemlich niemals das Geſetz welches eine Nebenſache zum fortdauernden Gebrauch der

36) So z. B. Phillips Deutſches Privatrecht I S. 398.

37) Wo möglich noch unpaſſender drücken ſich unſere Schriftſteller aus, indem ſie ſagen (vgl. z. B. Stubenrauch I S. 612 Ziff. 3), der Begriff des Zubehörs ſetze voraus, daß eine Sache mit einer andern in einer gewiſſen Verbindung ſtehe, welche durch die Beſtimmung des Geſetzes oder des Eigenthümers herbeigeführt worden ſei. Alſo die Verbindung des Blitzableiters z. B. mit dem Hauſe iſt durch die Beſtimmung des Geſetzes (§. 297 a. b. G. B.) herbeigeführt!

38) Die Veranlaſſung zu jener Unterſcheidung des §. 294 a. b. G. B. lag wohl insbeſondere darin, daß rückſichtlich gewiſſer Sachen unter den gemeinrechtlichen Schriftſtellern ſtets Streit darüber herrſchte, ob bei ihnen die Pertinenzqualität zu vermuthen ſei oder nicht, ſo z. B. rückſichtlich des Schiffs und Geſchirres bei Landgütern, und daß das Geſetzbuch dieſen Streit in affirmativer Weiſe zu löſen gedachte §. 296 a. b. G. B.

Hauptſache beſtimmt ſondern ſtets eine beſtimmte Perſon welche dieß thut. Was das Geſetz thut beſteht nur darin, daß es erklärt, daß von gewiſſen Sachen welche mit einer andern Sache in ein beſtimmtes Verhältniß gebracht worden ſeien vermuthet werde, daß ihnen die Pertinenzqualität zukomme. Wenn z. B. Brunneneimer, Seile, Ketten u. ſ. w. für geſetzliche Pertinenzen erklärt werden (§. 297 a. b. G. B.), ſo iſt es nicht das Geſetz, welches die Brunneneimer, Seile u. ſ. w. zum fortdauernden Gebrauch der Hauptſache beſtimmt und ſie zu Hilfsſachen des Hauſes macht, ſondern es tritt zufolge jener im Geſetzbuch hervorgehobenen Beſtimmung nur die rechtliche Vermuthung ein, daß die Brunneneimer u. ſ. w. welche der Beſitzer eines Hauſes in gewiſſe Verbindung mit demſelben gebracht habe bei dieſem ſtets zu bleiben haben, daß ſie zum fortdauernden Gebrauch des Hauſes beſtimmt und daher in gewiſſen Rechtsverfügungen über das Haus von ſelbſt mit inbegriffen ſeien. Es hört daher die Pertinenzqualität auf, wenn der Beſitzer des Hauſes das Löſchgeräthe in der Abſicht hinwegnimmt, daß es nicht mehr dem Hauſe dienen ſolle, da hiermit jenes Verhältniß aufgehört hat, welches das Löſchgeräthe als Pertinenz des Hauſes erſcheinen als Hilfsſache präſumiren ließ. Solange Jemand ein Gut zu landwirthſchaftlichen Zwecken benützt, gelten Schiff und Geſchirr als Zubehör desſelben (§. 296 a. b. G. B.). Es iſt aber wieder nicht das Geſetz, welches Vieh, Holz u. ſ. w. zur Hilfsſache der Hauptſache macht, ſondern es exiſtirt nur die geſetzliche Vermuthung, daß Holz, Vieh u. ſ. w. dafern nicht das Gegentheil verabredet wurde als Zubehör des Grundſtücks anzuſehen ſeien. Ebenſo unrichtig iſt der Ausdruck „Eigenthümer“ welchen der §. 294 a. b. G. B. gebraucht. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß wenn der Miether oder Pächter eines Hauſes oder Grundſtücks mit dieſem gewiſſe Sachen in Verbindung bringt dieſe nicht als Pertinenz erſcheinen können, weil es dem Miether und Pächter ſicher an der Abſicht fehlt, daß dieſe Sachen ſtets bei dem Hauſe verbleiben dem Hauſe dienen ſollen, da ja ſein Verhältniß ſelbſt bloß ein zeitliches iſt und er mit der zeitweiſen Verbindung jener Sachen bloß ſeinen perſönlichen individuellen Nutzen fördern will. Wenn jedoch der Beſitzer eines Hauſes z. B. der Käufer der das Haus von einem Nichteigenthümer gekauft hat Löſchgeräthe ins Haus ſtellt, ſo iſt dieſes dafern nur die andern Vorausſetzungen zutreffen unzweifelhaft als Zubehör

zu betrachten und daher auch in den früher angegebenen Verfügungen über das Haus z. B. in einer Veräußerung desselben von selbst mit inbegriffen.

Was aber jene Eintheilung der Zubehörungen in zwei Classen selbst betrifft, so muß man sich gewiß bei näherer Betrachtung entschieden gegen dieselbe erklären. Bei jener Eintheilung wird nemlich der Begriff Zugehör plötzlich in einem andern Sinn genommen, als welcher im Beginn dieser Lehre damit verbunden wird. Unter Zugehör kann man nemlich in vulgärer Weise alles verstehen, was zu etwas Anderem gehört, als zu ihm gehörig angesehen und behandelt wird. Die Hilfssachen Pertinenzen im technischen Sinn aber werden nur deßhalb als zu einer andern Sache gehörig angesehen, weil sie den Zwecken dieser Sache zu dienen bestimmt sind; sie sind nicht Hilfssachen, weil sie als zu einer andern Sache gehörig angesehen werden, sondern sie werden als zu einer andern Sache gehörig angesehen, weil sie ihr dienen und helfen. Bei der vorstehenden Eintheilung hebt man nun plötzlich die Wirkung hervor, versteht unter Zubehör Alles was als zu einer andern Sache gehörig angesehen wird, und unterscheidet nunmehr präsumtive und gewillkürte Zubehörungen. Alle Zubehörung im technischen Sinn aber muß eine präsumtive sein, da die ganze Lehre von den Pertinenzen (wie dieß Kierulff I S. 331 treffend ausdrückt) auf einer Interpretation aus der Natur der Sache beruht: gewillkürte Zubehörungen im technischen Sinn, bei welchen es nicht auf eine Interpretation aus der Natur der Sache sondern auf eine Interpretation des concreten Willens der Parteien ankommen soll, sind eine contradictio in adjecto. Das Verhältniß einer Sache einer andern zu dienen ist stets ein natürliches; wo eine Sache, welche den Zwecken einer andern nicht dient, dennoch als zu ihr gehörig angesehen und behandelt wird, kann man nicht mehr von Zubehör im technischen Sinn von Hilfssachen sprechen. Den Ausdruck Zubehör im vulgären Sinn, wo er etwas ganz anderes als Hilfssache bezeichnet, gebraucht man zur Bezeichnung von Sachen, von denen nicht eine der andern dient, sondern welche gemeinschaftlich einem dritten Zwecke dienen und wegen dieser gemeinschaftlichen Bestimmung als zusammengehörig angesehen werden[39]. So z. B.

39) In einer gewissen innern Beziehung, in einem innern Zusammenhang stehen solche Sachen allerdings: aber dieser Zusammenhang wird durch die Beziehung auf

kann man allerdings in einem concreten Verhältniß Sattel und Zeug als zum Pferde gehörig betrachten; man kann das Pferd mitſammt dem Sattel und dem Zeug verpfänden, verkaufen, vermachen, deponiren u. ſ. w.[40]. Dennoch ſtehen Sattel und Zeug nicht in einem ſolchen Verhältniß zum Pferd daß ſie dieſem dienen, ſie ſind ſo wenig Hilfsſachen des Pferdes als Meſſer und Gabel Hilfsſachen der zu verzehrenden Speiſe ſind[41]. Die Maſchinen in einer Fabrik[42], die Betten in einem Gaſthofe[43], die Bibliothek und Gewehrkammer auf einem Schloſſe u. ſ. w. können wohl in gewiſſen Rechtsverhält-

einen dritten Zweck vermittelt, welcher durch beide Sachen gemeinſchaftlich erreicht werden ſoll. So z. B. gebraucht man Sattel und Zeug ſammt dem Pferd zum Reiten; die Maſchinen ſammt dem Fabriksgebäude um das Gewerbe zu treiben; das Gaſthausgebäude ſammt den Gaſtbetten um die Wirthshausgerechtigkeit auszuüben; die Beziehung der Braupfannen zum Bräuhaus iſt nicht die der Hilfsſache zur Hauptſache, ſondern beide dienen dazu um die Braugerechtigkeit auszuüben u. ſ. f. Die eine von dieſen zuſammengehörigen Sachen erſcheint als Hauptgegenſtand, die andere in ſo fern als Nebengegenſtand daß ſie nur mitvermacht, mitveräußert iſt u. ſ. f. (l. 2 D. de pec. leg. 33, 8); geht daher z. B. der legirte Hauptgegenſtand zu Grund, ſo hat der Legatar auf den mitvermachten Nebengegenſtand keinen Anſpruch l. 4 pr. D. de penu leg. (33, 9). — Daher iſt es in jeder Beziehung ſelbſt in Anſehung der ſ. g. gewillkürten Pertinenzen viel zu allgemein, wenn unſere Schriftſteller (z. B. Miniwarter II S. 8) den Satz aufſtellen: der Eigenthümer könne beliebig was immer für Sachen zum Zubehör einer andern beſtimmen. Wenn Jemand ein Paar Handſchuhe und ein Federmeſſer, einen Hut und einen Rock, einen Ring und eine Doſe um Einen Preis verkauft, ſo wird wohl Niemand behaupten, von dieſen Sachen ſei die eine Pertinenz der andern.

40) l. 34 pr. D. de C. E. (18, 1) l. 38 pr. §. 11. 12 D. de aedilit. edict. (21, 1) l. 1 §. 5 D. depos. (16, 3).

41) In ähnlicher Weiſe konnte in Rom ein Sclave mit ſeinem Peculium legirt werden (§. 17 I. de leg. 2, 20 l. 1. 2 D. de pec. leg. 33, 8); in ſo weit war das Peculium ein Zubehör im vulgären Sinn des Sclaven, niemals aber eine Pertinenz im techniſchen Sinn.

42) Die Maſchinen in einer Fabrik ſind nicht Zubehörungen der Fabrik im techniſchen Sinn (Hilfsſachen), da ſie nicht dem Fabriksgebäude dienen, ſondern mit dieſem den Zwecken der Fabrikation dienen; ſie gehören zum instrumentum negotii artisve (vgl. l. 13. 14. 15 pr. l. 17 D. de inst. leg. 33, 7). Dieß gilt ſelbſt dann, wenn das Gebäude eigens für die Aufnahme der Maſchinen gebaut und eingerichtet wurde und dem fraglichen Geſchäft gewidmet iſt (vgl. Funke S. 62 fg. S. 142 fg. S. 159 fg.); und auch der Umſtand daß mit einem Hauſe ein Realrecht verbunden iſt läßt die zur Ausübung des Realgewerbs angeſchafften Geräthſchaften nicht als Pertinenzen im techniſchen Sinn des Hauſes erſcheinen (wie Heyne S. 912. 913 irrigerweiſe meint). Der hier vertheidigten Anſicht iſt in Beziehung auf Maſchinen in einer Fabrik auch Miniwarter II S. 12, aber aus den wunderlichſten Gründen, welche ihn denn auch dazu beſtimmen die Betten als Pertinenz eines Gaſthauſes anzuſehen; vgl. Note 43.

43) Die Betten in den Gaſthäuſern hat man früher häufig zu den Pertinenzen gezählt; vgl. die zahlreich bei Heyne S. 909 Note 14 angeführten Schriftſteller.

niſſen als zum Fabriksgebäude zum Gaſthofe zum Schloß u. ſ. w. gehörig angeſehen werden; man kann ſie mit dem Fabriksgebäude u. ſ. w. veräußern, verpfänden, vermachen und ſchon der gebrauchte Ausdruck wird öfters darauf hindeuten, daß dieſe Sachen in dem fraglichen Rechtsverhältniſſe mit inbegriffen ſein ſollen, ohne daß ſie aber dadurch zu Zubehörungen im techniſchen Sinn des Wortes zu Hilfsſachen würden. Wenn z. B. Jemand ſeine Fabrik, ſeine Brauerei, Spinnerei u. ſ. w. veräußert oder vermacht, ſo iſt darunter wohl das Fabriksgebäude, das Bräuhaus mitſammt den Maſchinen zu verſtehen; vermacht oder veräußert dagegen Jemand bloß ſein Fabriksgebäude, ſo liegt darin ſchon, daß er bloß das Gebäude ohne die Maſchinen als Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes betrachtet wiſſen will. Die ganze Frage iſt demnach lediglich eine Frage der Auslegung des betreffenden Rechtsgeſchäfts; es iſt zu ermitteln was der Wille der Parteien als unter der Rechtsverfügung mit inbegriffen anſehen wollte. Dieſe Willensauslegung iſt gerade hier ſehr ſchwierig und es iſt daher mit beſonderer Sorgfalt auf die individuellen Umſtände des einzelnen Falles zu ſehen[44]. Für

44) Mit ſolchen Auslegungen beſchäftigten ſich insbeſondere die Titel 6—10 des XXXIII Buchs der Digeſten. — Wenn Jemand z. B. ſeinen Gaſthof veräußert oder vermacht, ſo iſt darunter nur das Gebäude zu verſtehen; ſollen auch die Betten ſammt dem Bettzeug u. ſ. f. vermacht ſein, ſo iſt es erforderlich daß der Gaſthof ſammt der Gewerbseinrichtung vermacht werde (vgl. Wächter II S. 254 Note 25). Wenn Jemand ſeine Spinnerei, Brauerei u. ſ. f. vermacht, ſo erhält der Legatar nicht bloß das Fabriksgebäude, ſondern auch die Maſchinen und überhaupt alles in der Fabrik befindliche zur Fabriksmanipulation Erforderliche, nicht aber auch den vorhandenen Rohſtoff und die etwa ſchon fabrizirten Waaren vgl. Funke S. 459 fg.). Wer dem Andern ſeinen Kramladen ſammt Zubehör vermacht, vermacht ihm damit die äußere Einrichtung desſelben (loci instrumenta l. 18 D. de instr. leg. 33, 7 l. 485 D. de V. S.); ſollen ihm die vorhandenen Waaren mitvermacht ſein, ſo müßte dieß ausdrücklich geſagt werden (l. 15 pr. D. de instr. leg. 33, 7 l. 94 §. 2 D. de leg. III). Wenn der Apotheker nicht ſein Haus, ſondern ſeine Apotheke verkauft, ſo verkauft er hiermit mit dem Haus auch die Gewerbseinrichtung (instrumentum negotii), nicht aber die vorhandenen Waaren. — Wenn der A dem B ſeine Bibliothek vermacht, ſo kommt es auf die Intention des Erblaſſers an, ob darunter bloß der Bücherkaſten oder bloß die Bücher oder Beides zu verſtehen ſei (l. 52 §. 7 cf. §. 8 D. de leg. III). — Unter Umſtänden kann das Gefäß als Zubehör im vulgären Sinn der Flüſſigkeit die es enthält angeſehen werden, unter Umſtänden wieder nicht. Wer z. B. in einen Laden geht und daſelbſt eine Flaſche Wein, eine Flaſche Öhl, eine Flaſche Tinte kauft, kauft hiermit eine Flaſche mit Wein, eine Flaſche mit Tinte u. ſ. f. Wer ſich aber im Gaſthaus bei Tiſch eine Flaſche Wein geben läßt, kauft hiermit nur den Wein, nicht auch die Flaſche und wäre nicht berechtigt die geleerte Flaſche

manche Fälle dieſer Art ſtellt das Geſetz ſelbſt Auslegungsregeln auf[45].

Der vorſtehenden Ausführung zufolge gibt es nur ſ. g. natürliche präſumtive Pertinenzen d. h. Hilfsſachen welche ſchon an ſich ihrem Verhältniß zur Hauptſache nach als ſolche erſcheinen. Damit die Pertinenzqualität einer Sache präſumirt werden könne, ſind folgende Requiſite erforderlich[46]: 1) Die Sache welche als Hilfsſache

einzuſtecken und mit ſich nach Haus zu nehmen. Wer Cigarren in einer geſchloſſenen Kiſte kauft, kauft die Cigarren mit der Kiſte; ohne daß man (wie es Wächter II S. 257 Note 38 thut) berechtigt wäre in Fällen dieſer Art von einem Zubehör im techniſchen Sinn zu ſprechen. Ebenſo iſt die ſ. g. Schiffspertinenz (das Schiffsinventar) nicht Pertinenz im techniſchen Sinn; wer das Schiff „ſammt Zubehör" verkauft (navis cum instrumento) hat hiermit nach heutiger Rechtsanſicht (vgl. Sintenis I S. 433 Note 55; anders nach röm. Recht l. 29 D. de instr. leg. 33, 7 l. 44 D. de evict. 21, 2) wohl auch den Kahn mit verkauft. — So kann ferner z. B. das Material zur Ausbeſſerung eines Gebäudes als Zubehör im vulgären Sinn erſcheinen und es entſteht häufig die Frage, ob es beim Verkauf des Hauſes als mitinbegriffen anzuſehen ſei oder nicht l. 18 §. 1 D. de A. E. V. — Ebenſo erſcheinen die Schachfiguren im vulgären Sinn als Zubehör des Schachbretts: wenn Jemand ein Schrchbrett kauft oder vermacht, ſo ſind im Zweifel auch die Figuren darunter begriffen.

45) So z. B. ſtellt das öſterr. Geſetzbuch im §. 677 die Auslegungsregel auf, daß der Erblaſſer der Jemanden Flüſſigkeiten vermache „auch die zu ihrer Verführung beſtimmten Gefäße" (alſo z. B. Flaſchen, Krüge, nicht aber Fäſſer vgl. l. 3 §. 1 D. de tritic. leg. 33, 6 l. 3 § 11 l. 1 pr. D. de penu leg. 33, 9) vermacht habe. Der Legatar erhält dieſe Gefäße alſo nicht deßhalb weil ſie Pertinenzen der Flüſſigkeiten ſind, ſondern deßhalb weil vermuthet wird, der Erblaſſer habe ſie mitvermacht; l. 3 §. 1 D. cit. — vino legato etiamsi non sit legatum cum vasis vasa quoque legata videri: non quia pars sunt vini vasa — sed quia credibile est mentem testantis eam esse ut voluerit accessioni esse vino amphoras. Die Gefäße erſcheinen alſo als Zubehör im vulgären Sinn als Zugabe, vgl. Böcking Note 1. — Eine andere Auslegungsregel dieſer Art enthält l. 66 D. de leg. III. l. 100 §. 3 eod.; ferner §. 679 a. b. G. B. — Nur als eine ſolche Auslegungsregel kann es angeſehen werden, wenn im §. 295 a. b. G. B. „die Fiſche in einem Teich (alſo nicht die Fiſche in Fiſchbehältern in piscinis l. 15 D. de A. E. V.) und das Wild in einem (eingezäunten) Wald" (nicht auch bestiae vivariis inclusae oder Hausthiere, die ſich auf dem Grundſtück befinden l. 16 D. de A. E. V.) für Zubehör des Teichs und des Waldes angeſehen werden. Hilfsſachen im techniſchen Sinn des Teichs und Waldes ſind doch ſicherlich die Fiſche und Thiere nicht; ſie ſtehen in keiner innern Beziehung hierzu, ſie dienen nicht dem Zweck des Teichs, ja weit eher dient noch der Teich dem Fiſch. Es kann alſo hiermit nur geſagt werden, daß bei Rechtsverfügungen über Teiche und Wälder zu präſumiren ſei, die Parteien hätten die Fiſche und das Wild mit inbegriffen. Funke S. 29 fg. will mit Unrecht behaupten, daß Wild und Fiſche techniſche Pertinenzen ſeien; ſeine irrige Anſicht beruht hauptſächlich auf der verkehrten Einmiſchung des Fruchtbegriffs (S. 30).

46) Vgl. insbeſ. Wächter II S. 251.

erſcheinen ſoll muß dem Intereſſe der Hauptſache bleibend dienen und zwar dem Intereſſe der Sache ſelbſt, ihrem Nutzen oder ihrer Annehmlichkeit, nicht etwa bloß den individuellen vorübergehenden Zwecken des jeweiligen Beſitzers[47]; 2) ſie muß dazu beſtimmt und eingerichtet ſein gerade dem Intereſſe dieſer beſtimmten Sache[48] und zwar bleibend[49] zu dienen; 3) ſie muß in die zur Erreichung dieſer Beſtimmung nöthige Beziehung zur Hauptſache bereits wirklich gebracht worden ſein. Wäre die Sache in dieſe Beziehung noch nicht gebracht worden, ſo ſteht ſie eben noch nicht in jenem äußerlichen Verhältniſſe zur Hauptſache, welches ſie als Pertinenz präſumiren läßt[50]; eine ſpätere bloß temporäre vorübergehende Aufhebung dieſer Beziehung hebt die Pertinenzqualität nicht auf[51].

Mit Rückſicht auf die angegebenen Requiſite iſt die Entſcheidung der Frage, welche Sachen als Pertinenzen anzuſehen ſeien, für jeden einzelnen Fall zu treffen. Sowohl unbewegliche als bewegliche Sachen können Pertinenzen haben.

---

47) l. 13 §. 31 D. de A. E. V. Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur utputa puteal. l. 17 §. 2 eod. l. 91 §. 5 D. de leg. III.

48) Dieſes Requiſit der Beſtimmung und Einrichtung der Hilfsſache einer beſtimmten Sache zu dienen iſt nicht ſo zu verſtehen, als müſſe die Hilfsſache äußerlich ſo eingerichtet ſein, daß ſie nur dieſer beſtimmten Sache zu dienen im Stande ſei, ſondern es ſoll damit nur geſagt werden, daß aus der Einrichtung der Nebenſache zu entnehmen ſein müſſe daß ſie gerade dieſer Sache, mit welcher ſie in Verbindung gebracht worden iſt, zu dienen beſtimmt ſei, ein Schluß der freilich dann um ſo ſicherer wird gezogen werden können, wenn die Nebenſache ſo eingerichtet iſt, daß ſie nur dieſer und keiner andern Sache zu dienen im Stande iſt. Daher ſind z. B. Brunnendeckel, wegnehmbare Vorfenſter u. ſ. f. Pertinenzen, obgleich der Brunnendeckel auch auf einen anderen Brunnen, die Vorfenſter zu einem anderen Hauſe paſſen mögen.

49) l. 17 §. 7 D. de A. E. V. Labeo generaliter scribit ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt aedificii esse; quae vero ad praesens non esse aedifici; utputa fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verumtamen si perpetuo fuerint positae aedium esse. l. 26 D. de instr. leg. (33, 7) vgl. Funke S. 64 fg., Heyne S. 906.

50) l. 17 §. 10 D. de A. E. V. §. 11 eod. Pali qui vineae causa comparati sunt antequam collocentur fundi non sunt; sed qui excepti sunt hac mente ut collocentur fundi sunt. Die Sachen, die man vorräthig hat, um ſie eventuell als Hilfsſache oder als wahren Beſtandtheil zu verwenden, z. B. auf den Fall als die jetzige Hilfsſache zu Grunde ginge, ſind nicht als Pertinenzen zu betrachten (wie Sintenis I S. 432 lit. bb irrig meint), l. 12 §. 25 D. de instr. leg (33, 7).

51) S. die Stellen in der vorhergehenden Note und l. 242 §. 4 D. de V. S.

I. Unbewegliche Sachen können sowohl unbewegliche als bewegliche Sachen zu Hilfssachen haben. Rechte aber sind niemals als Pertinenzen zu betrachten. Man hat zwar öfters behauptet, daß es wenn auch nicht nach römischem[52] so doch nach deutschem Recht Fälle gebe, in welchen Rechte als Pertinenzen von Grundstücken zu betrachten seien, indem jene Rechte, welche auch selbständig für sich bestehen können, dann wenn sie an ein Grundstück geknüpft sind (s. g. deutsche Realrechte s. unten §. 64) als Zugehör desselben erscheinen sollen[53]. Allein diese Auffassung, welche auch in der österreichischen Gesetzgebung vorzuherrschen scheint[54], ist durchaus unrichtig und kann leicht zu praktischen Irrthümern führen[55]. Sie beruht auf einer Unklarheit der Begriffe; das charakteristische Kriterium der Pertinenz besteht nemlich darin, daß die eine Sache dazu bestimmt ist einer andern zu dienen deren Zwecke zu fördern, das Realrecht aber welches als Pertinenz erscheinen soll steht in gar keiner solchen innern Beziehung zum Grundstücke, daß es als dem Interesse desselben dienend angesehen werden könne; so z. B. steht das radizirte Gewerbrecht nicht im entferntesten in einem Zusammenhange mit dem Interesse des Hauses auf welches es radizirt ist: ein solches Recht ist nicht als Pertinenz sondern als juristische Eigenschaft des Grundstücks (conditio fundi) aufzufassen[56]. Der Begriff der Pertinenz hat nur auf dem Gebiet der Sachen im

---

52) Obgleich auch dieß schon behauptet worden ist, z. B. von Bluhme Encyclop. Bd II §. 30 a. E.; s. dagegen Böcking I §. 84 Note 8 und Sintenis I §. 44 Note 14 Nr. 4.

53) Dieß wird selbst von Böcking a. a. O. behauptet; ebenso steht Beseler II S. 28 Nr. 6 die Realrechte als Pertinenzen von Grund und Boden an.

54) Von den Realrechten wird ebenso wie von den eigentlichen Hilfssachen gesagt, sie seien wirkliche wahre Bestandtheile des Grundstücks. So heißt es in einem Hofdecr. v. 20. Febr. 1795 (J. G. S. Nr. 219) „Radizirte Gewerbe d. i. solche welche ausdrücklich in der Hausgewähr enthalten sind mithin einen wahren Theil des Hauses und seines Werthes ausmachen — ;“ vgl. Hofkzldecr. v. 12. Juni 1835 (J. G. S. Nr. 34); im Hofdecr. v. 24. Aug. 1840 (J. G. S. Nr. 464) heißt es ausdrücklich: „Die Tax- und Umgeldsrechte — sind kein Zugehör oder Bestandtheile unbeweglicher Güter —. Davon soll nur — eine Ausnahme stattfinden (wenn solche) in den Landtafelbüchern selbst als Zugehör — ausdrücklich bezeichnet sind.“ Und im Erlaß des Justizminist. v. 30. Juli 1850 (Michel Nr. 548) heißt es, daß die gegen billige Entschädigung aufgehobenen oder als ablösbar erklärten Rechte beziehungsweise die an deren Stelle tretende Entschädigung als ein Bestandtheil des unbeweglichen Gutes anzusehen seien.

55) Vgl. Wächter II S. 258. 259, Heyne S. 942 Note 28.

56) Das Nähere s. unten §. 64.

technischen Sinn Bedeutung: sowenig Rechte Pertinenzen haben können, so wenig können Rechte Pertinenzen sein. — A. Landgrundstücke können 1) andere Grundstücke zu Pertinenzen haben, Nebenländereien welche dem wirthschaftlichen Zweck des Hauptgrundstückes dienen und als solche behandelt werden[57]; so z. B. kann zu einem Weinberg ein Vorlehen, zu einem Acker eine Wiese gehören[58]. — Landgrundstücke können 2) bewegliche Sachen zu Pertinenzen haben; so z. B. die Pfähle die zum beständigen Gebrauch eines Weinbergs verwendet werden[59], wegnehmbare Bedeckungen eines Mistbeetes[60] u. s. w. Nach österreichischem Recht (§. 296 a. b. G. B.) aber ist im Unterschied vom römischen Recht[61] das s. g. Gutsinventar (instrumentum fundi, instrumentum rusticum, Hofwehr, Beschlag[62]) d. h. sowohl das Vieh, welches

---

57) Vgl. Beseler System II S. 27. 28. Mit dem Namen von Pertinenzen bezeichnet man öfters die wirklichen Bestandtheile eines Inbegriffs von Grundstücken (eines Gütercompleres), welche kraft Privatdisposition oder gesetzlicher Bestimmung von einander nicht getrennt werden dürfen. Diese Bezeichnung ist aber unpassend, da hier der Ausdruck Pertinenz wieder in einem andern als dem technischen Sinn genommen wird, indem von jenen Bestandtheilen des Gütercompleres keiner Nebensache keiner Hauptsache ist, sondern sie mit einander Ein Ganzes ausmachen; vgl. Beseler II S. 26. 27. Schwankend ist Gerber System §. 59 insbesondere Note 4 a. E.

58) l. 20 §. 7 D. de instr. leg. (33, 7) l. 94 §. 3 D. de leg. III. l. 24 §. 2 D. de leg. I. (Diese Stellen kann man ebensowohl von Pertinenzen als von wirklichen Bestandtheilen, welche zu Einem gemeinschaftlichen Ganzen verbunden werden, verstehen.)

59) l. 17 §. 2 D de A. E. V.

60) l. 242 §. 4 D. de V. S.

61) Das römische Recht sieht das instrumentum fundi (l. 12 pr. D. de instr. leg. 33, 7 apparatum rerum diutius mansurarum sine quibus exerceri nequiret possessio) nicht als Pertinenz, sondern als im Interesse des jeweiligen Besitzers angeschafft an l. 14 D. de supell. leg. (33, 10) vgl. mit l. 2 §. 11. 81. 12 pr. §. 1—13 D. de instr. leg. (33, 7); vgl. Funke S. 33 fg. 49 fg., Wächter S. 253; ebensowenig das gemeine Recht vgl. Beseler II §. 78 Note 9 III §. 182 Note 3. Manche Particularrechte jedoch sehen — wie es scheint im Geist des germanischen Rechts — diese Sachen als im bleibenden Interesse des Grundstücks angeschafft an und geben ihnen eine objective Beziehung (vgl. Heyne S. 907 fg., dessen Motivirung auf S. 909 jedoch entschieden unrichtig ist) und es läßt sich gegen diese Auffassung principiell wohl um so weniger etwas sagen, als auch nach römischem Recht der auf dem Grundstück vorräthige zu dessen Düngung (nicht zum Verkauf) bestimmte Mist als Pertinenz desselben angesehen wird l. 17 §. 3 D. de A. E. V.

62) Man bezeichnet das Gutsinventar gewöhnlich auch mit dem Ausdruck fundus instructus, welcher Ausdruck in den römischen Quellen jedoch eine ganz andere Bedeutung hat.

zur Bearbeitung von Grund und Boden gehalten wird[63], als die Geräthschaften (Schiff und Geschirr), welche zum gleichen Zweck und zur Gewinnung Verarbeitung und Aufbewahrung[64] von Früchten dienen sammt den Früchten selbst, welche zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind, als Pertinenz anzusehen[65]. Dagegen gilt auch nach österreichischem Rechte dasjenige nicht als Pertinenz eines Landgrundstückes was das römische Recht zu dem fundus instructus rechnet[66] d. i. dasjenige was der jeweilige Besitzer zu seinem eigenen Gebrauch auf dem Grundstücke hat wie Lebensmittel, Kleider, Geld[67] und insbesondere (l. 12 §. 28 D. de instr. leg. 37, 7) alles zum häuslichen Gebrauch bestimmte Geräthe (Hausrath supellex[68]), da diese Gegenstände nicht für das Grundstück bestimmt sind und den Zwecken desselben dienen sondern bloß auf den jeweiligen Besitzer und seine Beschäftigung[69] Beziehung haben[70]. —

B. Gebäude können 1) unbewegliche Sachen zu Pertinenzen

---

63) Nicht also das Mastvieh; vgl. l. 8 §. 4 l. 9—17 D. de instr. leg. (33, 7).

64) Vgl. l. 8 pr. D. cit.

65) Über die einzelnen Bestandtheile welche das Gutsinventar ausmachen vgl. Beseler III §. 182, s. auch Taurer v. Gallenstein Der fundus instructus bei Bauerngütern u. s. w. Prag 1824. Rieger Versuch einer Anleitung zur richtigen Aufnahme und Verrechnung des fundus instructus u. s. w. 1826. Stubenrauch I S. 645.

66) l. 14 D. de supell. leg. (33, 10) vgl. hierüber Funke S. 35 fg., Wächter II S. 254.

67) l. 12 §. 27—40 l. 16 §. 2 D. de instr. leg. (33, 7).

68) l. 6 D. ne supell. leg. (33, 10) Supellectilis eas res esse puto, quae ad usum communem patrisfamilias paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent —. l. 4—6 D. h. t.

69) l. 6 D. cit. l. 12 §. 27 D. de instr. leg. — Omnia quae eo collata sunt ut instructior esset paterfamilias instructo (sc. fundo) continebuntur i. e. quae ibi habuit ut instructior esset. Hoc ergo legato non agri instrumentum sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur.

70) Man führt häufig Urkunden als Zubehörungen von Landgütern auf z. B. preuß. Landr. II 2 §. 62, Zeiller II S. 19 (vgl. §. 844 a. b. G. B.) und ebenso Beseler II §. 78 Note 7 III §. 182 Note 9. Allein mit Unrecht, da die Urkunden, Karten, Risse und andere Schriften, welche zur näheren Kenntniß eines Grundstücks oder zur Begründung des Rechts an demselben dienen in gar keiner Beziehung zum Grundstück selbst stehen, sondern nur für die Person des Erwerbers ein Interesse haben; die Urkunden insbesondere sind ebensowenig Pertinenzen als etwa die Schuldurkunde Pertinenz ist, welche der Cedent dem Cessionar übergeben muß. Der Ausdruck Zubehör wird hier wieder im vulgären, nicht technischen Sinn gebraucht.

haben, so z. B. einen dem Zwecke des Hauses dienenden Vorgarten[71], einen zum Hause gehörigen Hof und Brunnen[72], Ställe und Hintergebäude welche als zum Hause gehörig behandelt werden[73]. Ebenso können Gebäude 2) bewegliche Sachen zu Pertinenzen haben, so z. B. die Haus- und Zimmerschlüssel[74], die beweglichen und wegnehmbaren Vorfenster, Vorthüren, Brunnendeckel u. dgl. m.[75]. Nach österreichischem Rechte §. 297 a. E. gelten aber auch jene Sachen als Pertinenzen von Gebäuden welche nach römischem Recht nur als instrumentum domus erscheinen[76], nemlich alles was zur Reinigung zum Schutz und zur Erhaltung des Hauses angeschafft ist wie z. B. Löscheimer, Feuerspritze, Stangen, Leitern u. s. f.[77]. Dagegen gehören auch nach österreichischem Recht jene Sachen nicht zu den Pertinenzen der Gebäude welche sich bloß auf die Beschäftigung und das Gewerbe des Besitzers beziehen (instrumentum negotii artisve)[78] wie z. B. das Handwerkszeug des Handwerkers, die Geräthschaften des Apothekers, die Maschinen in der Fabrik, die Druckerei in dem Gebäude, mögen diese Geräthschaften im Hause befestigt sein um sie besser handhaben und benützen zu können oder nicht[79]. — Ebensowenig

71) l. 94 §. 5 D. de leg. III l. 40 pr. D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

72) l. 17 §. 8 l. 45 D. de A. E. V. l. 47 l. 48 D. de C. E.

73) l. 52 §. 8 D. de A. E. V.

74) l. 42 §. 24 D. de instr. leg. l. 17 pr. D. de A. E. V. l. 9 §. 4 D. quod vi aut clam (43, 24). Was Böcking I §. 84 Note 45 dagegen bemerkt, dürfte wohl nicht zutreffend sein.

75) l. 43 § 34 l. 44 l. 47 §. 8 D. de A. E. V.

76) l. 42 § 46 D. de instr. leg. — instrumentum domus id esse quod tempestatis arcendae aut incendii causa paratur — instrumenti enim ea esse quae ad tutelam domus pertinent. §. 48 sq. Funke S. 49 fg.

77) Es gilt hier Dasselbe was Note 61 in Ansehung des instrumentum fundi gesagt wurde.

78) Vgl. l. 43. 44. 47. 48 pr. D. de instr. leg. vgl. Funke S. 49. 50.

79) Vgl. Note 42 und Funke S. 160 fg., Wächter II S. 253 und Note 24. Werden solche Geräthschaften dergestalt in eine dauernde physische Verbindung mit dem Hause gebracht, daß sie ohne Zerstörung desselben nicht losgemacht werden können, so sind sie keine Pertinenzen, sondern wahre physische Bestandtheile des Hauses (vgl. Wächter II S. 256); so z. B. ist ein Spiegel, der so in die Wand eingemauert ist, daß er ohne Zerstörung der Wand von ihr nicht getrennt werden kann, ein Theil des Hauses (l. 17 §. 3 l. 38 §. 2 D. de A. E. V.); ebenso eingemauerte Branntweinkessel, Braupfannen und eingezimmerte Schränke, von denen §. 297 a. b. G. B. spricht; ebenso Geräthschaften, die dergestalt in ein Gebäude eingebaut sind, daß sie nur durch das Gebäude und mit demselben bestehen und daher einen physischen Bestandtheil des Gebäudes ausmachen wie z. B. das laufende Geschirr in den Mühlen; vgl. Funke S. 46 fg. S. 160 fg., Heyne S. 190.

iſt nach öſterreichiſchem Recht dasjenige Pertinenz des Hauſes was das römiſche Recht zur domus instructa [80] rechnet, alſo insbeſondere nicht der Hausrath (supellex vgl. §. 674 a. b. G. B.) wie Tiſche, Stühle, Betten, Eß- Trink- und Kochgeſchirr, Schränke u. ſ. f. [81]. — Das öſterreichiſche Geſetzbuch hat im §. 297 die Parömie aufgenommen, daß alles was erd- wand- mauer- niet- und nagelfeſt iſt (die vincta fixaque) als Pertinenzen eines Gebäudes anzuſehen ſei. In der Allgemeinheit, in der dieſer Satz hingeſtellt iſt, iſt er entſchieden unrichtig [82]. Der Umſtand, daß eine bewegliche Sache an eine unbewegliche angeſchraubt angenagelt angeheftet kurz durch Affixion feſtgemacht iſt, entſcheidet an ſich für die Pertinenzqualität derſelben gar nichts. So wie es Sachen gibt die ohne affigirt zu ſein dennoch Pertinenzen ſind, ſo iſt umgekehrt nicht jede bewegliche Sache, welche an eine unbewegliche Sache affigirt iſt, deßhalb ſchon Pertinenz derſelben [83]. Aus dem Umſtand allein daß eine bewegliche Sache an eine unbewegliche feſtgemacht worden iſt, kann noch durchaus nicht darauf geſchloſſen werden, daß dieſe Sache den Intereſſen der unbeweglichen Sache bleibend zu dienen beſtimmt ſei, da eine ſolche Befeſtigung auch zu ganz andern Zwecken wie z. B. zur Sicherung der feſtgemachten Sache, zur bequemeren Benützung und Handhabung derſelben, überhaupt zu individuellen vorübergehenden Zwecken des betreffenden Beſitzers vorgenommen ſein kann. Der fragliche Satz des §. 297 kann alſo in Verbindung mit §. 294 nur dahin verſtanden werden, daß alles was erd- und nagelfeſt iſt dann und in ſo fern als Pertinenz eines Gebäudes anzuſehen ſei als und inſofern es zum

80) l. 12 §. 40 sq. D. de instr. leg.

81) Was bloß zum Zierrath mit dem Hauſe verbunden iſt (ornatus aedium causa) iſt wenn es bloß zu vorübergehenden Zwecken z. B. zur Annehmlichkeit des betreffenden Beſitzers dient, nicht als Pertinenz zu betrachten (l. 12 §. 16 D. 33, 7 l. 245 pr. D. de V. S.) z. B. eine im Hofraum aufgeſtellte Säule. Unter Umſtänden kann jedoch der Zierrath ſowohl als wirklicher phyſiſcher Beſtandtheil des Hauſes (z. B. der eingemauerte Spiegel) oder als Pertinenz anzuſehen ſein, wie z. B. die im Hofraum in der Abſicht aufgeſtellte Statue, daß ſie ſtets hier bleiben ſolle (l. 12 §. 23. 35 D. 33, 7 vgl. Kierulff I S. 332 in der erſten Note).

82) Vgl. Funke S. 77—129, Kierulff S. 334. 334 fg., Mühlenbruch I §. 226, Wächter II S. 255. 256, Heyne S. 940.

83) l. 17 pr. D. de A. E. V. — Aedium autem multa esse quae aedibus adfixa non sunt — multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi utputa vasa vinearia torcularia: quoniam haec instrumenti magis sunt etiamsi aedificio cohaerent. §. 7 eod. l. 245 pr. D. de V. S.

„fortwährenden Gebrauch der Hauptsache bestimmt ist[84].“ Hiernach wird z. B. der Fußteppich der am Boden angenagelt, das Bücherrepositorium das an der Wand festgemacht, die Hängelampe die an den Plafond angeschraubt, der Siegel der an der Wand affigirt, die Geldtruhe die an der Mauer festgeschraubt, der Arbeitstisch der am Boden festgemacht ist u. s. f. nicht als Pertinenz des Hauses anzusehen sein[85].

II. Auch bewegliche Sachen können bewegliche[86] Sachen zu Pertinenzen haben[87]. So z. B. ist der Schlüssel zum Schrank[88] Pertinenz desselben, das für einen bestimmten Schmuck oder ein bestimmtes Instrument eingerichtete Futteral Pertinenz desselben; so ist ferner der Rahmen Zubehör des Bildes, der Anschraubekoffer Pertinenz des Reisewagens, die Scheide Hilfssache des Degens u. s. f.[89].

Die Pertinenzqualität einer Sache hört auf, wenn sie von der Hauptsache in der Absicht getrennt wurde, daß ihre Beziehung zu die-

---

84) Durch den betreffenden Satz des §. 297 (auf welchen freilich unpassende Beispiele folgen) wird also nicht auf den bloßen körperlichen Zusammenhang die Pertinenzqualität gestützt (wie dieß z. B. noch Maurenbrecher I S. 402 Note 2 thut), sondern es ist dieß nur „die sinnliche Bezeichnung des factisch regelmäßig Stattfindenden“ vgl. Gerber §. 59. In dem gleichen Sinn nehmen auch Böcking Note 18 und Beseler II S. 25 diese Parömie auf; vgl. auch Cod. civ. a. 525.

85) Selbst dann wenn die Parteien ein Geschäft schließen z. B. einen Hauskauf und verabreden, daß das Haus mit Allem was erd-, mauerfest u. s. w. ist verkauft sein solle, dürfte wohl in der Regel anzunehmen sein, daß sie hiermit nur die wirklichen natürlichen präsumtiven Pertinenzen des Hauses, nicht alles und jedes Angenagelte und Angeheftete bezeichnen wollten. Vgl. Wächter Note 28.

86) Unbewegliche Sachen können selbstverständlich niemals Pertinenzen beweglicher Sachen sein, da in den Immobilien der natürliche Schwerpunkt des Verhältnisses liegt; vgl. Sintenis I S. 431 Note 46.

87) Dieß wird von Manchen geläugnet so z. B. von Maurenbrecher I §. 156 Note 4 und von Böcking selbst noch in der 2. Aufl. seiner Instit. §. 84 Note 4; s. dagegen Wächter S. 256. 257 insbes. Note 37 und Kierulff S. 338 lit. e. Das österr. Gesetzbuch erwähnt der beweglichen Sachen als möglicher Objecte von Pertinenzen gar nicht, da es überhaupt das Zugehör nur bei Gelegenheit der Eintheilung der Sachen in res naturaliter und civiliter immobiles behandelt.

88) l. 52 §. 9 D. de leg. III. Sunt tamen quaedam quae omnimodo legatum sequuntur ut lectum legatum contineat et fulctra; et armariis et loculis claustra et claves cedunt.

89) Dagegen ist der Kahn nicht Pertinenz des Schiffs (l. 44 D. de evict. 21, 1), die Flasche nicht Pertinenz der Flüssigkeit, die Kiste nicht Pertinenz der Cigarren u. ä. m. vgl. Note 44 a. E.

ſer ihr Dienſt- und Hilfsverhältniß für immer aufgehoben ſei[90]: eine bloß temporäre Abſonderung hebt die Pertinenzqualität nicht auf[91].

C. Früchte[1].

§. 56. Unter Früchten[2] im natürlichen Sinn verſteht man die phyſiſchen durch die (körperliche) Sache ſelbſt[3] hervorgebrachten organiſchen[4] Erzeugniſſe derſelben[5]. Dieſe Erzeugniſſe werden daher animaliſcher oder vegetabiliſcher Natur ſein z. B. Junge von einem Thier, Früchte eines Baumes u. ſ. w. Mineraliſche Producte gehören nicht zu den Früchten im natürlichen Sinn. — So weit der Begriff Frucht im natürlichen Sinn. Wir ſtehen aber nicht auf naturwiſſenſchaftlichem ſondern auf juriſtiſchem Gebiete und haben daher

90) Manche Schriftſteller (z. B. Funke §. 15 S. 158 und gewiſſermaßen auch Sintenis I S. 483) machen hier die Beſchränkung, daß durch dieſe Abſonderung die Hilfsſache nur dann ihre Pertinenzqualität verliere, wenn Rechte dritter Perſonen nicht im Wege ſtehen, widrigenfalls „in rechtlicher Beziehung anzunehmen ſei als ob das Verhältniß noch fortdauere obſchon die getrennte Sache in die Hände eines dritten Beſitzers übergangen ſei." Allein dieſe Darſtellung iſt ungenau und unrichtig; durch die Abſonderung verliert die Sache definitiv ihre Pertinenzqualität, das Verhältniß dauert auch in rechtlicher Beziehung nicht fort; allein andererſeits kann natürlich das Recht und der Anſpruch dritter Perſonen durch die eigenmächtige Handlung nicht gekränkt werden; der Käufer hat die actio emti auf die Sache oder aufs Intereſſe und dort wo ein Pfandrecht an Mobilien ohne Detention beſteht bleibt das Pfandrecht an der Sache, welche aus dem Pertinenzverhältniß gelöſt wurde, fortbeſtehen.

91) Vgl. Note 54.

1) Heimbach Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutſchland geltenden Rechten Leipzig 1843 (348 SS.) vgl. dazu die Recenſion von Buchholtz in den kritiſch. Jahrb. 1844 I S. 504 fg., Luden im Rechtslex. Art. Früchte Bd III (1843) S. 448 fg., Wächter Erörterungen Heft 1 (1845) Nr. III S. 55 fg. und Handb. II §. 42.

2) Das Wort „Frucht" iſt aus dem lateiniſchen fructus abzuleiten (Buchholtz S. 522); der Ausdruck „vrucht" im Sachſenſp. II 58 §. 3 iſt nach Homeyer Zuſatz eines ſpäteren Romaniſten.

3) Ex ipso corpore l. 121 D. de V. S. Daher iſt der Schatz keine Frucht; l. 7 §. 12 D. solut. matrim. (24, 3) — non magis quam si thesaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur. §. 544 a. b. G. B.

4) Alles was als unorganiſch ausgeſchieden wird fällt nicht unter den Begriff Frucht. Daher gehört der Dünger nicht zum fructus (wohin ihn mit Unrecht Böcking II §. 154 Note 9 rechnet) ſondern zum usus: l. 12 §. 2 D. de usu et habitat. (7, 8) §. 4 I. eod. tit. (2, 5). (Auf dieſe Art erklären ſich die angeführten Stellen in befriedigender Art und es bedarf nicht erſt des künſtlichen Umwegs, welchen Thibaut Verſuche S. 37—39 einſchlägt.)

5) Daher gehört die Haut und das Fleiſch eines Thieres nicht zur Frucht l. 30 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4) l. 70 §. 2 D. de usufr. (7, 1).

zu unterſuchen, welche Modificationen der Begriff der Frucht bei ſeiner Überſetzung von jenem Gebiete auf dieſes erleidet.

I. Damit ein organiſches Erzeugniß in einem beſtimmten Rechtsverhältniß als Frucht angeſehen und behandelt werden könne, muß es die Beſtimmung haben von der Hauptſache getrennt zu werden und ein ſelbſtändiges Ganze zu bilden[6]. Hieraus ergibt ſich zunächſt eine Beſchränkung des Fruchtbegriffs für das juriſtiſche Gebiet, indem nicht jedes organiſche Erzeugniß als ſolches unter den Begriff Frucht fällt, ſondern Alles auf die Beſtimmung ankommt welche man der Sache gibt[7], daher ein und dasſelbe Erzeugniß in manchen Rechtsverhältniſſen als Frucht, in manchen dagegen nicht als ſolche anzuſehen iſt[8]. So iſt z. B. in einem Obſtgarten nur das Obſt Frucht nicht aber die Obſtbäume, obgleich auch dieſe organiſche Erzeugniſſe des Grund und Bodens ſind; dagegen ſind in einem zum Holzſchlag beſtimmten Walde die Bäume allerdings Frucht, denn ſie ſind beſtimmt von dem Boden getrennt zu werden; würden im erſten Falle oder in einem nicht zum Holzſchlag beſtimmten Walde die Bäume ſelbſt geſchlagen, ſo würde man ſagen die Sache ſelbſt ſei angegriffen und verringert worden[9]. Dagegen erfährt der natürliche Begriff der Frucht auf juriſtiſchem Gebiet die Erweiterung, daß auf demſelben auch *mineraliſche* Erzeugniſſe zu den Früchten gerechnet werden, wenn der Boden dazu beſtimmt iſt ausgebeutet zu werden und wenn dieſe phyſiſche Ausbeutung nicht als eine Minderung oder Abnützung der Hauptſache erſcheint, weil das Getrennte immer wieder erſetzt

6) Es iſt das Verdienſt *Puchta's* (Inſtitut. II S. 704 fg. Pandekt. §. 37 Vorleſ. 1 S. 77 fg.) dieſes Moment zuerſt beſtimmt hervorgehoben zu haben; vgl. *Heimbach* S. 17 fg., *Wächter* Handb. II S. 261 fg., *Sintenis* Civilr. I S. 426 fg. insbeſ. Note 22.

7) Daher die Unterſuchungen der römiſchen Juriſten über das was in fructu est oder non est; *Heimbach* S. 24. So rechneten die römiſchen Juriſten den partus ancillae nicht zum fructus (l. 28 §. 4 D. de usur. et fruct. 22, 1 §. 37 I. de rer. divis. 2, 1 vgl. *Heimbach* S. 2 fg. und beſonders *Böcking* I §. 79 Note 5) und auch darüber ſcheint anfänglich Streit geherrſcht zu haben, ob die Thierjungen zu den Früchten im juriſtiſchen Sinn zu zählen ſeien (vgl. *Heimbach* S. 11 fg., *Puchta* Inſtitut. II S. 702 Note kk, *Schrader* Commentar. ad Instit. p. 240) während doch darüber kein Zweifel ſein konnte, daß ſie zu den Früchten im natürlichen Sinn gehören.

8) Vgl. *Heimbach* S. 19. 20.

9) l. 7 §. 12 D. solut. matrim. (24, 3) — Si arbores caeduae fuerunt vel gremiales dici oportet in fructu cedere: si minus quasi deteriorem fundum fecerit maritus tenebitur cf. l. 10, 11 D. de usufr. (7, 1).

wird, also der Boden die Mineralien stets gleichsam von Neuem hervorbringt[10]. Man gelangt hiermit zu folgender Begriffsbestimmung der Frucht für das Rechtsgebiet[11]: Natürliche Früchte (fructus naturales) im juristischen Sinn sind alle organischen Erzeugnisse einer Sache und jede physische Ausbeute aus derselben, deren Gewinnung der natürlichen oder verabredeten Bestimmung der Sache gemäß ist und unter den Begriff der Benützung der Hauptsache im Gegensatze zur Minderung und Beeinträchtigung derselben fällt[12]. Was nun im Einzelnen unter die Kategorie Frucht fällt, ergibt sich meistens leicht aus der Natur der Sache; im Zweifel d. h. wenn keine besondere Verabredung stattgefunden hat entscheidet der gewöhnliche Gebrauch über die Bestimmung der Sache[13].

Die natürlichen Früchte werden nach verschiedenen Rücksichten verschieden eingetheilt: 1) in rein natürliche Früchte (fructus mere naturales) und in s. g. Industrialfrüchte (fructus industriales) jenachdem zu deren Erzeugung ein besonderer menschlicher Fleiß nothwendig ist oder nicht[14]. So z. B. gehören Kräuter, Schwämme, Thierjunge[15] zu den rein natürlichen, Getraide u. s. f. zu den Industrialfrüchten. Diese Eintheilung hat für das heutige römische Recht bloß ein geschichtliches Interesse[16]; im ältern

10) l. 7 §. 13 D. solut. matrim. (24, 3) cf. l. 9 §. 1. 3 D. de usufr. (7, 1) l. 13 §. 5 eod. l. 77 D. de V. S. vgl. §. 511 a. b. G. B.

11) Über diese Begriffsbestimmung vgl. insbes. Wächter Handb. II S. 261. 262. Die von Heimbach S. 20 gegebene Definition ist viel zu künstlich; vgl. dagegen auch Buchholtz a. a. O. S. 503 und Wächter II §. 42 Note 5a.

12) Daher fällt der Windbruch nicht unter die Kategorie Frucht, da in diesem Fall die Hauptsache selbst eine Beeinträchtigung erleidet; l. 7 §. 12 D. salut. matrim. (24, 3) — sed et si vi tempestatis ceciderunt (arbores) dici oportet — nec in fructum cedere. l. 12 pr, D. de usufr. (7, 1). Daher hat auch nach österr. Recht der Fruchtnießer kein Recht auf den Windbruch, da dieser nicht unter den Begriff „Ertrag" (§. 511) fällt; vgl. Stubenrauch I S. 661 Note * gegen Winiwarter II S. 81.

13) Daher wird z. B. der Fruchtnießer das Recht haben die Schaafe zu scheeren, nicht aber die Mähnen des Pferdes abzuschneiden u. ä. m.; vgl. Heimbach S. 18.

14) l. 45 D. de usur. et fruct. (22, 1) l. 48 D. de acquir. rer. dom. (41, 1) vgl. §. 405. 420 a. b. G. B.

15) Die Thierjungen sind natürliche Früchte (Zuwachs) des Mutterthieres und gehören daher dem Eigenthümer dieses, nicht dem Eigenthümer des befruchtenden Thieres; l. 5 §. 2 D. de R. V. §. 405 a. b. G. B.

16) Vgl. Heimbach S. 41. 42. Im älteren römischen Recht herrscht nemlich eine Controverse über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor, welche

deutschen Recht war sie von großer Bedeutung[17]; im österreichischen Recht hat sie dieselbe wieder verloren[18]. 2) Jene Früchte welche mit der Hauptsache noch verbunden sind nennt man stehende Früchte (fructus stantes, fructus pendentes); solange dieß der Fall ist bilden die Früchte einen Theil der Hauptsache[19], sie sind ein Zuwachs derselben[20] und können nur als künftige Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein[21]. Ist die Verbindung der Früchte

schließlich zu Gunsten desselben entschieden wurde §. 35 I. de rer. div. (2, 1); vgl. Heimbach S. 254—258, Huschke in der Tübing. krit. Zeitschr. II S. 202 fg., Backe Dissertat. bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat (1825) p. 163.

17) Das deutsche Recht handelt nemlich bloß von Industrialfrüchten und stellt den Grundsatz auf, daß Jenem, der die Arbeit gethan habe, auch die Früchte gebühren, so daß diese als erworben („verdientes Gut") angesehen werden, sobald die zu ihrer Erzeugung nöthige Arbeit geschehen ist („wenn die Egge das Land bestrichen hat") Sachsenfp. II 58. III 76 §. 3—5 vgl. Heimbach S. 270 fg., Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 507, Gerber System §. 100, Beseler System II S. 74. 75.

18) Ebenso im gemeinen Recht vgl. Maurenbrecher Lehrb. I §. 244; nur particularrechtlich hat sich insbesondere in den Ländern des sächsischen Rechts jener ältere deutsche Grundsatz erhalten, vgl. Haubold Lehrb. des königl. sächs. Privatr. §. 183, Heimbach Lehrb. des particulären Privatr. der zu dem O. A. Gerichte zu Jena und Zerbst vereinten Länder (1848) §. 183. — In neuester Zeit hat Weiske Allg. österr. Gerichtszeit. 1853 Nr. 44—49 die Behauptung aufgestellt, daß für das heutige österr. Recht die deutschrechtlichen Grundsätze über die Industrialfrüchte die maßgebenden wären: allein wohl sicher ohne Grund. Die deutschrechtlichen Grundsätze zeigen sich praktisch bei dem Aufhören gewisser Rechtsverhältnisse, so bei der Beendigung des Nießbrauchs und des Lehens und bei der Restitution im Eigenthumsproceß; gerade für diese Fälle aber lehrt eine unbefangene Anschauung der §§. 319 und 330 a. b. G. B., daß die Grundsätze des röm. Rechts in das bürgerliche Gesetzbuch übergingen. Vgl. auch oben §. 48 Note 50. Überdieß ist in Österreich schon seit langer Zeit das deutsche Recht in diesem Punkt durch das römische verdrängt worden; vgl. Maurenbrecher I §. 244 Note 2.

19) l. 44 D. de R. V. Fructus pendentes pars fundi videntur.

20) Daher treffen die rechtlichen Schicksale der Hauptsache auch die Früchte als Nebensache (z. B. §. 457 a. b. G. B.) und der Eigenthümer der Hauptsache ist Eigenthümer der Früchte als Theile derselben sowohl während der Verbindung als nach der Trennung und es kommt nicht weiter darauf an, aus wessen Samen die Frucht entsprossen ist: sie gehört Jenem, aus dessen Boden sie erwachsen ist. l. 25 pr. D. de usur. et fruct. (22, 1) — omnis fructus non jure seminis sed jure soli percipitur; §. 1 — in percipiendis fructibus magis corporis jus ex quo percipiuntur quam seminis ex quo oriuntur adspicitur. §. 420 a. b. G. B. Daher findet die exceptio rei judicatae statt, wenn Jener, der mit der Klage auf die Hauptsache abgewiesen wurde später die Früchte derselben beanspruchen will. l. 7 §. 3 D. de except. rei jud. 44, 2 (über die Lesart dieser Stelle s. Savigny VI S. 508 Note o, vgl. jedoch Wangerow I S. 349).

21) In so fern sagt man fructus pendens nondum est d. h. die noch nicht

mit der Hauptsache aufgehoben[22], so heißen die Früchte *getrennte abgesonderte Früchte* (fructus separati §§. 294. 295. 330. 1407 a. b. G. B.). Wenn diese Trennung in der Absicht von Jemand vorgenommen wurde, diese Früchte für sich oder einen Andern in Besitz zu nehmen, so nennt man die Früchte in Beziehung auf diese Person fructus percepti[23] (*eingesammelte, eingenommene, bezogene*[24] *Früchte*); die auf andere Art z. B. durch Windstoß getrennten Früchte heißen dann insbesondere *abgesonderte getrennte Früchte* (fructus separati[25] im engern Sinn). Endlich spricht man noch von

---

getrennten Früchte können, da sie noch nicht selbständige Einzelsachen sind, als solche nicht Gegenstand dinglicher Rechte sein, sondern dieß erst durch die erfolgte Trennung werden. l. 15 pr. D. de pign. (20, 1) §. 457 a. b. G. B. vgl. *Heimbach* S. 45 fg., vgl. oben §. 45 a. E. und daselbst Note 36.

22) Mit dieser Absonderung der Früchte hat es aber durchaus nicht genau dieselbe Bewandtniß wie mit der reellen Theilung eines Ganzen z. B. der Theilung eines Thieres, der Zerlegung eines Gebäudes, da die Trennung der Früchte von der fruchttragenden Sache nicht als Auflösung dieser in ihre Bestandtheile angesehen werden kann, vgl. insbes. *Bangerow* I §. 326 Anmerk. 1. Daher gilt von der getrennten Frucht nicht unbedingt Alles, was von der Hauptsache und Demjenigen gilt was auch nach der Trennung als reeller Theil des Ganzen erscheint; vgl. z. B. §. 457 a. b. G. B.; daher ist nach römischem Recht die Frucht des italischen Grundstücks nicht res mancipi, die Frucht der gestohlenen Sache nicht res furtiva, und daher gelten für den Eigenthumserwerb an Früchten nicht dieselben Grundsätze, die in Ansehung des Eigenthums an der fruchttragenden Sache gelten; vgl. *Böcking* II §. 151 Note 1.

23) Über diese Begriffsbestimmung vgl. insbes. *Wächter* in seinen Erörterungen Heft I Nr. III S. 55—64. Hiernach liegt in der Perception als der Besitzergreifung, der Apprehension, ein subjectives Moment und es kommt nicht weiter darauf an, ob das trennende Subject hierzu berechtigt war (wie man gewöhnlich irrigerweise annimmt) oder nicht; auch der Dieb percipirt die Früchte (l. 4 §. 2 D. fin. regund. 10, 1 l. 25 pr. D. de usur. et fruct. 22, 1 l. 4 §. 1 D. de R. C. 12, 1) und es können Früchte in Ansehung einer Person als separirt und zugleich in Ansehung einer andern als percipirt erscheinen l. 12 §. 5 D. de usufr. 7, 1.

24) In diesem Sinn wird der Ausdruck „beziehen" im §. 1415 und §. 1339 a. b. G. B. gebraucht. Das österr. Gesetzb. gebraucht diesen Ausdruck aber auch im weitern Sinn wo er gleichbedeutend mit Separation im weitern Sinn, Absonderung im weitern Sinn ist, so z. B. im §. 324; beide Ausdrücke gehäuft finden sich im §. 457.

25) Vgl. z. B. l. 28 §. 1 D. de usur. et fruct. (22, 1) l. 13 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4) l. 48 pr. D de acquir. rer. dom. (41, 1). — Es wird zwar häufig behauptet, daß nach österr. Recht die Unterscheidung zwischen fructus percepti und separati unpraktisch sei, da *jeder* zum Erwerb der Früchte Berechtigte z. B. der Nutznießer und Pächter an den Früchten schon durch Separation im weitern Sinn Eigenthum erwerbe. Es wird jedoch später in der Lehre vom Eigenthum gezeigt werden, daß diese Behauptung formell unrichtig sei.

Früchten, welche hätten gezogen werden können (qui percipi potuerunt) die aber nicht gezogen worden sind, s. g. vernachläſſigte verſäumte Früchte (fructus percipiendi). Es umfaßt dieſer Begriff ſowohl den Fall, wo Früchte erzeugt waren, der Beſitzer der Hauptſache es aber unterließ ſie von der Hauptſache zu trennen, als jenen Fall wo die Früchte hätten hervorgebracht werden können, wenn der Beſitzer auf die Hauptſache die erforderliche Cultur verwendet hätte[26]. Bei dieſen verſäumten Früchten kann ein doppelter Maßſtab angelegt werden. Man kann nemlich von verſäumten Früchten von dem Standpunkte aus ſprechen, als der wahre Berechtigte nach ſeinen Eigenſchaften im Stande geweſen wäre die Früchte zu ziehen, oder man ſieht bei der Beantwortung der Frage, welche Früchte hätten bezogen werden können, auf die Eigenſchaft des Beſitzers der Hauptſache, alſo darauf welche Früchte der Beſitzer nach ſeinen individuellen Eigenſchaften hätte ziehen können[27]. 3) Sind die gezogenen

26) Über dieſen Begriff der fructus percipiendi vgl. insbeſ. die trefflichen Ausführungen von Wächter in deſſen Erörter. Heft I S. 64 fg. (gegen Heimbach S. 171 fg., welcher dieſen Begriff mit Unrecht bloß auf den erſten der beiden im Text genannten Fälle beziehen will) vgl. auch Savigny Syſtem VI S. 104 und Bangerow I S. 745.

27) Darüber ob es nach römiſchem Recht einen ſolchen doppelten Maßſtab gebe, herrſcht in der neueſten gemeinrechtlichen Literatur Streit. Savigny Syſtem VI §. 267 (übereinſtimmend mit Buchka Einfluß des Proceſſes I S. 243 fg.) behauptet, daß es ſtets nur auf die Eigenſchaften des Beklagten ankomme und Savigny folgen hierin Rudorff in dem Zuſatz zu Puchta's Inſtitut. II S. 593 Note r und Böcking I §. 79 Note 11 II §. 151 Note 28. (Auch Buchholtz a. a. O. S. 548 hatte ſchon dieſe Anſicht vgl. jedoch S. 546 und ebenſo Schilling Inſtit. II §. 66 §. 175, der aber ſpäter Kritiſche Jahrb. 1838 S. 237 ſeine Anſicht geändert zu haben ſcheint.) Die große Mehrzahl der übrigen Schriftſteller jedoch nimmt, wie mir ſcheint mit Recht, einen doppelten Maßſtab an (ſo die älteren Schriftſteller vgl. Glück VIII S. 264 fg., Thibaut Syſtem §. 181 und §. 709, Weber in der Note * zu Höpfner §. 838; von neueren insbeſ. Wächter Erört. Heft II S. 68 fg. Heft III S. 138, Mühlenbruch II §. 271, Göſchen Vorleſ. I §. 288, Bangerow I §. 333 S. 745 lit. c, Puchta Pandekt. §. 171 Vorleſ. S. 331 u. A.) und läßt den zweiten Maßſtab für den bonae fidei possessor von der Litiscontestation an eintreten (l. 4 §. 4 C. de H. P. 3, 31) den erſteren aber für den malae fidei possessor; nur herrſcht in letzterer Beziehung eine Differenz, indem einige Schriftſteller (Wächter Erörter. Heft III S. 133, Bangerow I S. 746, Madai in der Anmerk. 1 zu Mühlenbruch) mit Recht nicht jeden malae fidei possessor ſtets vom Anfang des unredlichen Beſitzes an nach jenem Maßſtab haften laſſen, ſondern bloß jenen, welcher ſich durch ein Delict den unredlichen Beſitz verſchafft hat, während andere Schriftſteller jeden unredlichen Beſitzer ohne Unterſchied vom Anfang an für alle Früchte, die der Kläger hätte ziehen können, haften laſſen (wofür ſie ſich auch wohl auf l. 62 §. 1 D. de R. V. berufen

Früchte noch vorhanden, ſo heißen ſie fructus exstantes; ſind ſie aufgezehrt, es ſei nun durch natürlichen Gebrauch oder durch Veräußerung oder Specification, ſo heißen ſie verzehrte Früchte (fructus consumti). 4) Die ältere Schule unterſchied die Früchte in ordentliche und außerordentliche und verſtand unter erſteren ſolche, welche die Sache gewöhnlich hervorbringt und um derentwillen man eine Sache braucht, unter letzteren das Gegentheil[28]. Dieſe Eintheilung, welche auf einem Mißverſtändniß der l. 77 De de V. S. (50, 16) beruht[29], iſt ganz unrichtig und kann leicht zu praktiſchen Irrthümern führen. Verſteht man nemlich unter den außerordentlichen Früchten jene, welche eine Sache gewöhnlich nicht hervorbringt, und rechnet man dahin die phyſiſche Ausbeute aus Kalk- und Steinbrüchen und aus Bergwerken, ſo beruht dieſe Eintheilung auf der nicht gehörigen Unterſcheidung des Begriffs Frucht im juriſtiſchen und im bloß naturwiſſenſchaftlichen Sinn. Will man aber wie es früher häufig geſchah[30] den Schatz in einem Grundſtücke, das verſteinerte Holz in einem Walde u. ſ. w. als außerordentliche Früchte bezeichnen, dann verläßt man gänzlich den Boden, auf welchem ein entſprechender Begriff der Frucht aufgebaut werden kann. — In dem erſteren Sinn iſt jene veraltete Eintheilung im §. 511 des a. b. G. B. genommen, wo zwiſchen ordentlichem und außerordentlichem Ertrag unterſchieden und zu letzterem die Ausbeute an Mineralien ja ſelbſt das „forſtmäßig geſchlagene Holz" gerechnet wird[31].

---

wie noch neuerlichſt Bluntſchli in ſeinem Commentar zum Zürcherſchen Geſetzb. II S. 86; daß dieß aber mit Unrecht geſchieht darüber ſ. Wetzell Der römiſche Vindicationsprozeß S. 252 und Vangerow I S. 746). Die Entſcheidung des öſterr. Geſetzbuchs im §. 335 iſt conſequent, da das öſterr. Geſetzbuch von der älteren (unrichtigen) Anſicht ausgeht, daß jeder unredliche Beſitzer als in einer mora ex re befindlich zu betrachten ſei (vgl. hierüber Madai Lehre von der Mora S. 179 fg.), daher er vom Anfang des unredlichen Beſitzes an für alle Früchte haften muß, die der Kläger hätte ziehen können. Dagegen kommt der zweite Maßſtab auch nach öſterr. Recht rückſichtlich des redlichen Beſitzers nach Zuſtellung der Klage (§. 338) in Anwendung.

28) Vgl. z. B. Glück VIII S. 257, Wiener Heineccius I S. 210, Schilling Inſtit. II §. 66; vgl. §. 299 II. Thl weſtgaliz. Geſetzb.

29) Dieſe „rein lexicographiſche" Stelle ſagt nur was fruges und was frumentum bedeute, vgl. Böcking I §. 79 a. E. und daſelbſt Note 2. 4. 13.

30) So thut es z. B. der Wiener Heineccius a. a. O. und der §. 299 II. Thl des weſtgal. Geſetzb.; vgl. Zeiller II S. 342.

31) In ähnlicher Weiſe wie es manche Lehrbücher thun (ſo z. B. noch Schil-

Die natürlichen Früchte sind in manchen Rechtsverhältnissen von großer Bedeutung; so insbesondere in Ansehung des Eigenthumserwerbs und der Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte bei Auflösung gewisser Rechtsverhältnisse wie z. B. des Nießbrauchs (§. 519 a. b. G. B.) und des Pachts (vgl. auch §. 643 a. b. G. B.) so wie in Folge der siegreichen Anstellung dinglicher (§§. 379. 824 a. b. G. B.) und persönlicher (z. B. §§. 912. 913. 1050 a. b. G. B.) Klagen. Das Nähere hierüber gehört in den besondern Theil: hierher gehört nur noch die Bemerkung, daß man unter Früchten nur jenen vermögensrechtlichen Vortheil versteht, welcher nach Abzng der auf die Gewinnung, Einsammlung und Aufbewahrung derselben verwendeten Kosten übrig bleibt, da die Früchte auf dem Rechtsgebiet bloß als Vermögenserweiterung in Betracht kommen können[32].

II. Die Frucht kommt auf dem Rechtsgebiet als vermögensrechtlicher Gewinn aus einer Sache in Betracht. Hierin liegt der Ausgangspunkt zur Erweiterung des Fruchtbegriffs auf dem juristischen Gebiet über den natürlichen Begriff der Frucht hinaus. Man versteht nemlich unter Früchten[33] auch alle übrigen vermögensrechtlichen Vortheile[34], welche uns eine Sache[35] im bürgerlichen Verkehr ab-

---

ling Institut. II §. 66 Note m) fügt der §. 511 ausdrücklich hinzu, daß der Schatz auch nicht zu den fructus extraordinarii gehöre. Vgl. Zeiller II S. 342.

32) l. 46 D. de usur. et fruct. (22, 1) Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus diminuere debere. l. 36 §. 5 D. de H. P. (5, 3) Fructus intelliguntur deductis impensis quae quaerendorum cogendorum conservandorum eorum gratia fiunt —. l. 1 C. de fruct. (7, 51). Dieß gilt selbst in Ansehung des unredlichen Besitzers, der die Früchte restituiren muß (l. 26 §. 5 cit. — quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat verum etiam in praedonibus) und ebenso wenn in Folge einer persönlichen Klage die Früchte restituirt werden müssen l. 65 §. 5 D. de condict. indeb. (12, 6) vgl. Heimbach S. 23 fg.

33) Der Ausdruck Früchte, Nutzungen im weiteren Sinn, der sowohl die natürlichen als die bürgerlichen Früchte in sich begreift, bedeutet so viel als Einkünfte reditus l. 77 D. de V. S.

34) Nur von solchen Vortheilen kann auf dem Rechtsgebiet die Rede sein; auf andern Gebieten wird der Ausdruck Frucht ebenfalls in der Bedeutung als Gewinn gebraucht, und man spricht von der Frucht des Fleißes, der Bemühung, der Anstrengung, von fructus munificentiae l. 2 pr. D. de oper. publ. (50, 10), von fructus desiderii l. 2 C. de bon. autor. (7, 72).

35) Ja selbst die vermögensrechtlichen Vortheile, welche uns Rechte gewähren, heißen Früchte l. 4 §. 2 l. 6 §. 6 D. si serv. vind. (8, 5) Veniunt et fructus

wirft[36]. In ſo fern ſagt man, die vermögensrechtlichen Vortheile ſeien gleichſam juriſtiſche Erzeugniſſe der Sache und ſpricht insbeſondere in jenen Fällen, wo dieſe vermögensrechtlichen Vortheile periodiſch wiederkehren, im Gegenſatze zu den natürlichen Früchten[37] von bürgerlichen Früchten, Civilfrüchten (fructus civiles)[38] Nutzungen im engern Sinn im Gegenſatz zu den Früchten im eigentlichen Sinn[39]. Hierher gehört insbeſondere das Entgeld für den einem Andern überlaſſenen oder uns widerrechtlich vorenthaltenen Gebrauch einer Sache. Iſt dieſe Sache nicht fungibel, ſo heißt das Entgeld Mieth-Pachtgeld[40], iſt ſie fungibel wie z. B. Geld, Getraide, Öhl u. ſ. w., Zinſen[41].

Auch bei dieſen Früchten kann man zwiſchen bezogenen noch nicht bezogenen und verſäumten Früchten unterſcheiden[42]. Bezogene Früchte ſind jene, welche bereits eingehoben wurden z. B. das be-

---

in hac actione (sc. confessoria) i. e. commodum quod haberet si onera aedium ejus vicinus sustineret. Vgl. Buchholtz a. a. O. S. 508 fg.

36) So z. B. gehört das Recht eine Sache zu verpfänden unter die Früchte derſelben (Buchholtz a. a. O. S. 507) l. 49 D. de usur. et fruct. (22, 1) Fructus rei est vel pignori dare licere. Ebenſo gehören Dienſte, welche uns Thiere (und Sclaven) leiſten zu den Früchten (l. 5 §. 3 D. quemadm. usufr. cav. 7, 9) und müſſen daher unter Umſtänden gleich den natürlichen Früchten der Sache reſtituirt werden l. 1 §. 1 C. de rei vindic. (3, 32).

37) Dieſer Unterſchied der juriſtiſchen Erzeugniſſe einer Sache von den natürlichen Früchten iſt es, der in Stellen ausgeſprochen wird wie die folgenden: l. 121 D. de V. S. Usura pecuniae quam percipimus in fructu non est, quia non ex ipso corpore sed ex alia causa est i. e. nova obligatione. l. 34 D. de usur. et fruct. (22, 1) Usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari. l. 29 D. de H. P. (5, 3). Vgl. Savigny VI S. 102.

38) Ohne Grund und ohne Erfolg hat ſich gegen dieſe Annahme und Bezeichnung Heimbach S. 29 fg. geſträubt; ſ. dagegen Buchholtz S. 507—511.

39) Der Ausdruck Nutzungen im weitern Sinn (vgl. Note 33) findet ſich in der Marginalrubrik zu §. 330 fg. zu §. 505 fg. im §. 1050 fg. im §. 889 fg. und a. a. O. des Geſetzb.; die Ausdrücke Nutzungen im engern Sinn, und im Gegenſatz hierzu Früchte im eigentlichen Sinn finden ſich im §. 330. §. 457. §. 519. §. 1101. §. 1103 a. b. G. B. Nutzungen bedeutet hin und wieder im Geſetzbuch auch ſo viel als Frucht im eigentlichen Sinn z. B. im §. 840 und §. 1068. Ein ähnlicher Sprachgebrauch herrſcht im preuß. Recht, vgl. Koch I §. 96 Nr. II.

40) l. 19 pr. D. de usur. (22, 1) — si vestimenta aut scyphus petita sint in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit. l. 36 D. eod. Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. l. 29 D. de H. P. l. 62 pr. D. de R. V. l. 39 §. 1 D. de leg. I.

41) l. 34 D. cit. Das Nähere über die Zinſen im Oblig. Recht.

42) Vgl. insbeſ. Wächter Handb. II S. 265 fg.

reits bezahlte Miethgeld[43]; *versäumte Früchte* jene, welche hätten bezogen werden können aber nicht bezogen worden sind, und auch hier ist dieses in dem doppelten Sinn zu verstehen, daß entweder die Sache in einem Rechtsverhältniß sich befindet, in welchem sie einen pecuniären Vortheil abzuwerfen bestimmt war, dieser aber nicht eingetrieben wurde (z. B. die Sache ist vermiethet und man läßt die fälligen Raten verjähren), oder daß man es überhaupt unterläßt sie in ein solches Rechtsverhältniß zu bringen, in welchem sie pecuniäre Vortheile abwerfen kann (z. B. man vermiethet das Miethhaus nicht)[44]. Für das österreichische Recht endlich gilt der früher allgemein angenommene[45] der richtigen Theorie aber durchaus widersprechende[46] Grundsatz, daß die bürgerlichen Früchte in gewissen Verhältnissen[47] *als bezogen gelten*, wenngleich sie noch nicht wirklich bezogen worden sind, der Tag aber an welchem sie fällig werden bereits gekommen ist[48].

VI. Von den Sachgesammtheiten.

§. 57. I. In Beziehung auf *Sachgesammtheiten* s. g. rerum universitates herrscht bis auf die neuere Zeit herauf im

---

43) l. 39 §. 4 D. de leg. I l. 2 C. de pign. act. (4, 24).

44) l. 62 §. 4 D. de R. V. l. 5 C. eod. tit. (3, 32) l. 2 C. de part. pign. (8, 25).

45) Vgl. z. B. Glück VIII S. 262 fg.

46) Vgl. Heimbach S. 88 fg., insbes. aber die treffliche Erörterung von Wächter Heft I S. 72—87.

47) Vgl. §§. 519. 643 a. b. G. B. Das Nähere im besondern Theil.

48) In einer andern Beziehung geht das österr. Gesetzbuch gleichfalls zu weit wenn es im §. 330 bestimmt, daß dem redlichen Besitzer nur „alle schon eingehobenen Nutzungen insofern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind" gehören. Diese Bestimmung nemlich ist nur rücksichtlich der Zehnten, Grundzinsen und ähnlicher Nutzungen richtig, unrichtig dagegen rücksichtlich der Mieth- und Pachtgelder. Der redliche Besitzer nemlich, der z. B. die Sache vermiethet hat, hat damit nach der Dauer des Verhältnisses eine Forderung gegen den Miether erworben, deren Geltendmachung unabhängig von der gegen ihn angestellten Vindicationsklage ist und die er dem Eigenthümer der Sache zu cediren durchaus nicht verpflichtet ist (rem debet non actionem cf. l. 21 D. de her. vend. 18, 4). Auch hier hat man sich wie so oft durch eine zu weit getriebene Gleichstellung der bürgerlichen Früchte mit den natürlichen zu unrichtigen Bestimmungen verleiten lassen. Die bürgerlichen Früchte sind nur in gewissen Beziehungen den natürlichen Früchten gleichzustellen und es geht durchaus nicht an ohne weiteres dasjenige, was von den natürlichen Früchten gilt, auf die bürgerlichen zu übertragen.

Wesentlichen folgende Theorie[1]. Man verstand unter einer universitas, rerum universitas im weiteren Sinn, einen Inbegriff mehrerer für sich bestehender physisch nicht zusammenhängender Sachen, welche mit einem gemeinschaftlichen Namen belegt und in gewissen rechtlichen Beziehungen als ein Ganzes behandelt werden. Diese rerum universitas unterschied man in eine universitas juris et facti: die erstere sollte ein Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen oder Rechten sein, welche nach dem Gesetz, kraft objectiver Rechtsvorschrift, als ein Ganzes anzusehen und zu behandeln seien[2]; die letztere (universitas rerum im engern Sinn, von manchen Schriftstellern wohl auch allein rerum universitas genannt) sollte ein Inbegriff bloß körperlicher (wie Manche hinzufügten gleichartiger) Sachen sein, welche zufolge gemeiner Vorstellungsweise oder nach Willkür zu einem Ganzen vereinigt (daher universitas hominis genannt[3]) unter einem Collectivnamen factisch begriffen und in einigen rechtlichen Beziehungen als ein Ganzes behandelt würden, wie Bibliotheken, Waarenlager, Heerden u. s. f. Die universitas juris sollte unter ganz besonderen Rechtsgrundsätzen stehen und sich daher in rechtlicher Hinsicht von der universitas facti in wesentlichen Punkten unterscheiden. Bei dieser Wichtigkeit, welche man der universitas juris beilegte und bei dem Umstand, daß man die universitas juris als eine Schöpfung des objectiven Rechts (juris dispositio) ansah, ward die Frage vielfach besprochen, wieviel und welche universitates juris es gebe[4]. Darüber daß die Erbschaft hierher zu zählen sei waltete kein Zweifel ob[5];

---

1) Von älteren Schriftstellern vgl. insbes. Glück II §. 75 a, Höpfner Comment. §. 278, Thibaut System 1. Aufl. (1803) §. 240. 8. Aufl. (1809) §. 262, Wiener Heinecciusl S. 168—170. Über diese Darstellungsweise der älteren Doctrin vgl. Mühlenbruch im Archiv f. d. civil. Praxis Bd XVII S. 326—335 und Lehrb. II §. 223, Wächter Erörterungen Heft I S. 2. 3, Vangerow Pandekt. I §. 71, Heimbach im Rechtslexicon Bd IX S. 483. 484.

2) Im Ausdruck juris universitas wird also jus im objectiven Sinn genommen; vgl. Mühlenbruch im Archiv Note 10.

3) So sagt Lauterbach Colleg. theor. pract. lib. 28 tit. I §. 1: Universitas rerum est vel facti vel juris. Facti quae facto hominis est constituta et plura in se continet corpora ut grex. Juris dicitur quae a juris dispositione dependet et plura quoque jura comprehendit ut peculium filiifamilias vel servi. —

4) Vgl. hierüber insbes. Mühlenbruch im Archiv S. 329 fg.

5) Denn gerade aus der Generalisirung dessen, was von der hereditas gilt, ist jene unrichtige Distinction entstanden. Dafür daß die hereditas als eine

dagegen herrſchte ſchon darüber Streit, ob jedes Peculium oder bloß das peculium castrense dahin zu rechnen ſei[6]; in Anſehung der dos und anderer universitates (vel alia universitate l. 20 §. 10 D. de H. P.) beſtand ſtets eine rath- und hilfloſe Uneinigkeit unter den gemeinrechtlichen Schriftſtellern[7]. Als die beſonderen Rechtsgrundſätze aber, welche bei der universitas juris gelten ſollten, wurden folgende angegeben: 1) Es ſolle bei ihnen im Unterſchiede von der universitas facti der Grundſatz gelten: res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei d. h. Sachen, die mit dem zu einer universitas juris gehörigen Geld gekauft werden, ſollen wieder zur universitas gehören, unter den gleichen Rechtsverhältniſſen ſtehen und daher von demjenigen der ein Recht an der universitas habe gefordert werden können; eben ſo ſolle umgekehrt das aus der Veräußerung einer zur universitas juris gehörigen Sache gelöſte Geld an die Stelle der veräußerten Sache treten[8]. 2) Wenn ein Unberechtigter die einem Dritten gehörige universitas juris beſitze, ſo ſolle ihm mit einer dinglichen Univerſalklage die ganze universitas abgefordert

---

universitas juris zu betrachten ſei, berief man ſich auf l. 20 §. 10 D. de H. P. (vgl. folgende Note) und auf Stellen wie l. 119 D. de V. S. l. 178 §. 1 l. 208 D. eod. l. 50 pr. D. de H. P., in welchen von der hereditas geſagt wird, ſie ſei juris nomen.

6) Denn in der Hauptſtelle für dieſe ganze Diſtinction l. 20 §. 10 D. de H. P. heißt es: Non solum autem in hereditate hoc utimur senatusconsulto sed et in peculio castrensi vel alia universitate. Über dieſe Stelle, welche nur von der Univerſalſucceſſion zu verſtehen iſt vgl. Haſſe im civil. Archiv Bd V S. 48 fg. S. 57 fg., Mühlenbruch im Archiv S. 338 fg., Bangerow I S. 124.

7) Treffend bemerkt Mühlenbruch im Archiv S. 330 „Großentheils ſuchte man die Schwierigkeit dadurch zu umgehen, daß man die universitas juris für ein ganzes Vermögen mit allen dazu gehörigen Rechten und Verbindlichkeiten erklärte, dann die Erbſchaft und das Peculium als Beiſpiele anführte und es Jedem überließ ſich die übrigen Fälle beliebig hinzuzudenken.“ Manche Schriftſteller ignorirten die Worte vel alia universitate in der l. 20 §. 10 cit. und erklärten geradezu, daß nur zwei universitates juris (hereditas und peculium) anzunehmen ſeien, ſo z. B. Höpfner §. 278, der die dos zur universitas facti rechnet, die er doch ſelbſt als einen Inbegriff bloß körperlicher zur ſelben Gattung gehöriger Sachen erklärt; ebenſo der Wiener Heineccius I S. 168.

8) Den Ausgangspunkt für dieſe Rechtsregel bildete die l. 22 D. de H. P. — in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum. Daß dieſer Grundſatz aber nicht nur in Anſehung der ſ. g. universitas juris überhaupt, ſondern ſelbſt in ſeiner Beſchränkung auf Erbſchaften ganz unrichtig ſei, darüber ſ. Mühlenbruch im Archiv S. 335 fg. und insbeſ. Wächter Erörter. I S. 5—13.

werden können[9]; bei der universitas facti dagegen solle es eine solche dingliche Universalklage nicht geben[10].

Die Unhaltbarkeit und Verkehrtheit dieser Eintheilung mit ihrem falschen Eintheilungsgrund und den unrichtigen daran geknüpften Unterscheidungen wurde allmälig schon von einzelnen ältern Schriftstellern theilweise wenigstens erkannt und jene Unterscheidung hie und da in beschränkterer Weise vorgetragen[11]. Mit Entschiedenheit wurde diese ganze Distinction erst angegriffen von Mühlenbruch in einem (nicht in den Buchhandel gekommenen) Programm Observatt. juris Romani Spec. I. (1818) cap. 1, dann nach ihm von Hasse im Archiv für die civilistische Praxis Bd. V (1822) S. 1—68 und hierauf[12] wieder in einer meisterhaften Abhandlung von Mühlenbruch im Archiv für die civilistische Praxis Bd XVII (1834) S. 321—379, in welcher diese Schriftsteller die gänzliche Unhaltbarkeit jener Distinction und ihre Entstehung aus der Sucht zu generalisiren und

---

9) Über die Unrichtigkeit dieses Grundsatzes vgl. Mühlenbruch im Archiv S. 340 fg. 363, Wächter Erörter. I S. 13. 14, Vangerow I S. 124 Nr. 2.

10) Nach Wächter's Angabe (Erörter. I S. 3, dem auch hierin Heimbach im Rechtslex. IX S. 484. 489 ohne weiteres folgt) soll von manchen Schriftstellern dem Unterschiede zwischen universitates juris et facti noch eine praktische Wichtigkeit bei der Lehre von der Gewährleistung für rechtliche und physische Fehler einer veräußerten Sache beigelegt werden; von gemeinrechtlichen Schriftstellern citirt Wächter bloß Thibaut System §. 482. Allein bei genauerer Betrachtung erweist sich wohl dieser angebliche dritte Unterschied als in der That nirgends gemacht; denn auch Thibaut §. 482 läßt bei der universitas facti in Ansehung der Gewährleistung dasselbe wie bei der universitas juris gelten, „dafern sie gleichfalls als etwas Ideales zum Gegenstand eines Vertrags gemacht war" und auch die übrigen gemeinrechtlichen Schriftsteller machen, soviel ich finde, jenen dritten Unterschied nirgends.

11) So z. B. beschränkt Thibaut System §. 171 das erste der aufgestellten Unterscheidungsmerkmale in wesentlicher Weise und übergeht das zweite gänzlich; ebenso beschränkt Höpfner §. 278 den ersteren Grundsatz (res succedit in locum pretii u. s. f.) auf Erbschaften und auch hier auf das für die Erbschaft Angeschaffte, stellt dagegen den zweiten Grundsatz unbeschränkt auf; in beiden Beziehungen folgt ihm der Wiener Heineccius I S. 169. Vgl. ferner auch Schweppe I §. 92, Mackeldey in der 10. Ausg. §. 150.

12) Auch in der Abhandlung von Warnkönig Über den Begriff und die juristische Wichtigkeit der s. g. universitates rerum im Archiv für die civil. Prax. Bd XI (1828) S. 169—204 finden sich manche gute Bemerkungen; daß er sich von der älteren unrichtigen Grundansicht bereits ziemlich losgemacht habe, beweist seine Bemerkung (S. 177), daß unter universitas juris eigentlich eine universitas jurium zu verstehen sei. Vgl. jedoch über diese Abhandl. auch Mühlenbruch im Arch. XVII S. 365—367.

ſ. g. allgemeine Rechtswahrheiten aufzuſtellen in überzeugender Weiſe aufdeckte und zugleich nachwies, daß dieſe Diſtinction nicht einmal erſchöpfend ſei[13]. An dieſe Abhandlung reiht ſich eine klare Erörterung von Wächter Über Sachgeſammtheiten überhaupt und in beſonderer Beziehung auf das Pfandrecht (Hft I. 1845 Nr. I S. 1—35)[14]. Seither wird jene Eintheilung mit den an ſie geknüpften Unterſcheidungen von allen neuern Schriftſtellern verworfen[15], wenngleich die alte Eintheilung mit ihrer durch jahrhundertelange Tradition eingewurzelten nominellen Unterſcheidung ſich noch hin und wieder unter verſchiedener Geſtalt geltend zu machen ſucht[16].

Die Verfaſſer des bürgerlichen Geſetzbuchs erhielten ihre juriſtiſche Bildung in einer Zeit, in welcher die alte Unterſcheidung zwiſchen universitas juris und facti noch in voller ungebrochener Herrſchaft beſtand. In Anſehung der universitas juris aber befanden ſie ſich in einer ganz eigenthümlichen Lage. Die Peculien welche die ältere Doctrin zu den universitates juris rechnete kennt das neue Geſetzbuch nicht; in Anſehung anderer Inbegriffe von körperlichen und unkörperlichen Sachen war man in der älteren Theorie ſelbſt nicht einig, ob ſie zu den universitates juris zu zählen ſeien oder nicht. Somit blieb denn für die universitas juris nichts übrig als die Erbſchaft: die beſonderen Rechtsgrundſätze aber welche für dieſe gelten ſchien es räthlicher den ſpäteren Hauptſtücken vorzubehalten. Somit entfiel

---

13) Vgl. insbeſ. das S. 340—350 Ausgeführte; darüber daß jene ältere Unterſcheidung nicht erſchöpfend ſei vgl. auch Wächter Erörter. I S. 14 Note 7, Heimbach im Rechtsler. IX S. 489 und Note 160.

14) Dieſer Erörter. Wächter's folgt Heimbach im Rechtsler. Bd IX (1855) S. 483—496, wie er ſelbſt Note 140 angibt, faſt wörtlich.

15) So z. B. von Roßhirt in ſeiner Zeitſchr. für Civil- und Criminalr. I (1831) S. 114—117 und in ſeiner Lehre von den Vermächtniſſen II S. 28 fg., Wening-Ingenheim Lehrb. I (5. Aufl.) §. 76 und Fritz Erläuter. I S. 172—175, Schilling Inſtit. II §. 62, Kierulff I S. 320 fg., Buchta Inſtitut. II §. 222 Pandekt. §. 35 und Vorleſ. I S. 73. 74, Savigny Syſtem I S. 378. 384. III S. 14 fg., Böcking I §. 67 (deſſen Darſtellung aber nicht ganz befriedigend iſt), Sintenis I S. 438—448 insbeſ. Note 60, Bangerow I §. 74 u. A.

16) So z. B. bei Warnkönig in der Note 12 angef. Abhandl., bei Hoffmann Über den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners (1830) S. 7 fg., Buchholtz Verſuche S. 43 fg. (über dieſe Schriftſteller vgl. Mühlenbruch im Archiv S. 363—373), Kierulff I S. 320 fg. (vgl. über dieſen Mühlenbruch Lehrb. II §. 223 Note 8 a) und in anderer Geſtalt bei Bangerow I §. 74 vgl. hierüber unten Note 28.

denn die praktische Bedeutung jener ältern Distinction für das neue Gesetzbuch und wenn die Verfasser desselben dennoch nicht umhin konnten einen eigenen Paragraphen aufzunehmen, welcher die altherkömmliche Definition der rerum universitas wiedergibt[17], so leisteten sie hiermit nur ihrem eigenen doctrinären Drange Genüge[18] und suchten sich auf diese Weise mit der älteren Theorie abzufinden. In dieser Bestimmung des §. 302 v. b. G. B. kann daher nichts anderes als ein wirkungsloser Nachklang der älteren Theorie, ein bedeutungsloser Rest der früheren Doctrin gesehen werden, und es ist wohl nicht als ein Verstoß gegen die Grundsätze der historischen Interpretation zu betrachten, wenn man von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß in dieser Lehre der wissenschaftlichen Theorie zum großen Theil freie Hand gelassen worden sei, eine Freiheit von der nunmehr Gebrauch gemacht werden soll[19].

II. Es gibt einzelne von einander getrennte (körperliche) Sachen, welche als zusammengehörig betrachtet werden und in dieser Zusammengehörigkeit ein begriffliches Ganze ein Collectivganzes ausmachen, welches mit einem gemeinsamen Namen (Collectivnamen) bezeichnet wird. So z. B. bildet eine größere Anzahl von Schafen,

---

17) §. 302: „Ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus und wird als ein Ganzes betrachtet." Die Marginalrubrik hierzu lautet: Gesammtsache (universitas rerum).

18) Im westgalizischen Wörterbuch fehlte eine solche Bestimmung wie sie der §. 302 des Gesetzbuchs vom Jahr 1811 enthält noch gänzlich. Über das preußische Recht vgl. Koch I §. 93,

19) Schuster geht in seinem Aufsatz Über den Begriff der Gesammtsache (Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 225—250) wohl zu weit, wenn er (S. 227) meint der §. 302 sei nur aufgestellt „um dadurch zu warnen, daß man nicht ebenso wie es in den Werken neuerer (?) Civilisten geschieht aus der natürlichen Beschaffenheit der Gesammtsache etwa Eigenheiten und damit verbundene rechtliche Wirkungen folgere —." Diese Bemerkung nimmt sich um so sonderbarer aus, als Schuster am Schluß dieses Aufsatzes (S. 247 fg.), nachdem er gegen Mühlenbruch bemerkt, daß dieser Schriftsteller in seiner Doctrina Pandectarum (3. Aufl. 1834) §. 223 „über diesen Punkt mit sich noch nicht ganz einig geworden zu sein scheine," daran geht „die Unterschiede zwischen der universitas facti und juris anzugeben" und diese darin findet, daß 1) die universitas juris als vorhanden zu denken sei obschon sich in derselben gar nichts befinde; 2) daß bei der universitas juris im Unterschied von der universitas facti der gelöste Werth an die Stelle der veräußerten einzelnen Sache trete und 3) daß zwar nicht die universitas facti wohl aber die universitas juris — ersessen werden könne! In der That — humano capiti cervicem equinam!

Kühen, Ochsen eine Heerde, eine Anzahl von Büchern eine Bibliothek u. s. f. Dieses nur im Begriff[20] existirende Ganze bleibt dasselbe wenn auch die einzelnen Theile wechseln, ja selbst wenn an die Stelle aller frühern Bestandtheile neue getreten sein sollten; so z. B. bleibt es eine Heerde wenngleich an die Stelle der ursprünglich vorhandenen Schafe ganz andere getreten sein sollten[21]. Ein solches Collectivum nennt man Sachgesammtheit (im engern Sinn), sachliches Begriffsganze, Gesammtsache (universitas rerum corporalium, universitas rerum im engern Sinn, universitas rerum distantium[22]). Die Bildung dieses Collectivs geschieht zunächst nicht auf dem Rechtsgebiete; die Sachgesammtheiten bilden sich im gewöhnlichen Leben und es entsteht nun die Frage, welche

20) Dadurch unterscheidet sich die Sachgesammtheit (universitas rerum distantium) z. B. eine Heerde von der zusammengesetzten Sache (universitas rerum distantium vgl. oben §. 52 Note 18) z. B. einem Hause, indem erstere als Ganzes nur begrifflich, letzteres aber auch äußerlich und für die Sinne als ein Ganzes existirt. l. 30 pr. D. de usurp. et usuc. (41, 3) §. 18 l. de leg. (2, 20) — est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus —. Auf einer sonderbaren Verwechslung des innern Sinns, der Vorstellung, mit dem äußern Sinn beruht die Ansicht Warnkönig's (Archiv S. 470 der überdieß in der citirten l. 30 pr. die Worte corpora non soluta mißversteht S. 472 Note 4), daß man die Sachgesammtheiten als solche z. B. die Heerde, die Bibliothek u. s. f. sehe; vgl. dagegen auch Puchta Institut. II S. 519 Note g.

21) l. 3 pr. D. de R. V. l. 22 D. de leg. I l. 30 pr. cit. — ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat. l. 76 D. de judic. (5, 1). Während der Umstand, daß der mögliche Wechsel der Theile in Ansehung der Existenz der Gesammtsache gleichgiltig ist, nur als eine Wirkung des Collectivbegriffs anzusehen ist, pflegt man häufig gerade in dem wirklichen Stattfinden eines solchen Wechsels das entscheidende Kriterium der universitas zu sehen und will nur dort von einer Sachgesammtheit sprechen, wo sich dieser Wechsel der Bestandtheile praktisch geltend macht; so z. B. Warnkönig S. 480 fg. (der sogar so weit geht, die Bibliothek eines Gelehrten, eine Gemäldesammlung u. s. f. nicht als eine universitas zu bezeichnen, weil diese Sammlungen „nicht so dem Wechsel unterworfen seien wie eine Heerde und ein Waarenlager" S. 484. 485, ebenso Roßhirt in der Zeitschr. S. 444), Mühlenbruch Pandekt. II §. 223 und Archiv S. 372 fg., zum Theil selbst Wächter Handb. II S. 235 fg. Allein diese Auffassung ist unrichtig, da der Wechsel der Bestandtheile wohl für die Existenz des Collectivganzen als solchen gleichgiltig ist (die Heerde z. B. bleibt Heerde, wenn auch alle Schafe wechseln), während es dagegen eine ganz andere Frage ist, welchen Einfluß dieser Wechsel auf das Recht einer dritten Person habe: eine Frage, welche nach Verschiedenheit der Fälle verschieden zu beantworten ist, durchaus aber nicht aus dem Begriff des Collectivganzen gelöst werden kann.

22) Über den Unterschied der Sachgesammtheiten (universitates) von den Gattungssachen (genera) vgl. insbes. Wächter Erörter. I S. 45. 46.

Wirkung es auf dem Rechtsgebiet habe, wenn ein solches Collectivganze Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist. In dieser Hinsicht ist an dem Grundsatze streng festzuhalten, daß es stets die einzelnen körperlichen Sachen sind, welche den Gegenstand des Rechtsverhältnisses ausmachen, und daß nur in manchen Beziehungen deßhalb etwas besonderes gilt, weil diese einzelnen Sachen als in einem innern Zusammenhange stehend aufgefaßt werden, in welchem sie jenes Collectivganze ausmachen, welches man die Sachgesammtheit nennt. Die Gesammtheit als solche ist niemals Gegenstand des Rechtsverhältnisses und es ist unrichtig sich dahin auszudrücken, daß die einzelnen Sachen ihre Wichtigkeit als solche verlieren und im Begriff des Ganzen untergehen [23], daß die Einzelsachen nur als Theile des Ganzen in Betracht kommen [24], daß es mehr auf den Begriff als die darunter enthaltenen Stücke ankomme [25], und den Satz aufzustellen, daß bald die Gesammtheit bald die einzelnen Sachen in den Vordergrund treten und in rechtlichen Betracht kommen [26], da es doch immer nur die einzelnen Sachen sind auf welche es in juristischer Beziehung ankommt. Noch verkehrter ist die Annahme, daß die Sachgesammtheit eine unkörperliche Sache und als solche Gegenstand der Rechtsverhältnisse sei [27]. Diese Annahme, welche schon in der älteren Literatur geherrscht und in dem bürgerlichen Gesetzbuch (§. 302) Aufnahme gefunden hat und sich hier aus der frühern unrichtigen Ansicht über körperliche und unkörperliche Sachen überhaupt (vgl. oben §. 45) erklärt, ist auch in der neuesten Zeit beibehalten worden, ja sie ist hier mit besonderer Vorliebe gepflegt worden. Man gefällt sich darin in der universitas rerum eine Parallele zur universitas personarum zu ziehen und wie von einem künstlichen ideellen Rechtssubject (einer juristischen Person) so von einem künstlichen

---

23) So Mühlenbruch im Archiv und Lehrb. II §. 223.

24) So Warnkönig im Archiv Bd XI S. 184. 185.

25) So Wächter Handb. II S. 235.

26) So Warnkönig in der angef. Abhandl. §. 4, Sintenis I S. 486; selbst Wächter Handb. II S. 235 spricht davon, daß ein und derselbe Inbegriff von Sachen in einzelnen rechtlichen Beziehungen als Ganzes gelte und in andern Beziehungen wieder nicht als Ganzes zu behandeln sei.

27) Zu diesem Irrthum hat wohl auch der Ausdruck „Gesammtsache" beigetragen; gegen die Auffassung der Sachgesammtheit als einer unkörperlichen Sache vgl. Fritz Erläuter. I S. 174 und Wächter Erörter. I S. 17.

ideellen Rechtsobject (einer juristischen fingirten Sache) zu sprechen, welches von den einzelnen Substraten scharf geschieden werden müsse und welches den Gegenstand des Rechts ausmache[28]. Allein gegen diese Annahme muß man sich sehr entschieden erklären: es gibt kein ideelles unkörperliches Object, welches Sache im technischen Sinn wäre und woran wie an dieser ein dingliches Recht stattfinden könnte[29]. Bei allen Rechtsverhältnissen in denen es sich um eine Sachgesammtheit handelt sind es immer nur die einzelnen körperlichen Sachen, welche Object des Rechtsverhältnisses sind, niemals das Ganze als solches, wie dieß nunmehr in Ansehung der wichtigsten Rechtsverhältnisse gezeigt werden soll.

1) Wenn Jemand eine Gesammtsache z. B. eine Heerde vermacht, so hat er hiermit alle einzelnen Sachen vermacht, welche die Heerde ausmachen und es beruht auf einer durch den Gebrauch des Collectivnamens nur unterstützten Interpretation des Willens des Erblassers, daß unter diesem Vermächtniß jene einzelnen Sachen zu verstehen seien, welche zur Zeit des Anfalls des Legats (des dies legati cedens) das Collectivganze ausmachen (in eadem causa sunt)[30]. Wenn z. B. der A dem B seine Schafheerde vermacht, so

28) So im Grunde schon Mühlenbruch Lehrbuch der Pandekt. II §. 223 insbesondere aber Puchta Institut. II S. 518—520 Pandekt. §. 35 und Vorles. I S. 78. 74, den Scheurl Institutionen (2. Aufl.) §. 43 und Arndts Pandekt. §. 49 folgen, und Bangerow I §. 71. Bangerow unterscheidet sich von Puchta darin daß er (consequenter als dieser) nicht immer und überall, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen eine s. g. juristische universitas annimmt und in allen andern Fällen von einer factischen universitas spricht. Was Wächter Erörter. I S. 44 Note 6a gegen Bangerow bemerkt, beweist, daß er selbst der Auffassung der universitas als eines ideellen Rechtsobjects nicht ganz ferne steht.

29) Die Unrichtigkeit dieser Auffassung geht schon daraus hervor, daß die Gesammtsache, wäre sie in der That ein ideelles eigenes Rechtsobject, als singula res zu betrachten wäre, was gerade ganz entschieden in Abrede gestellt wird (l. 30 §. 2 D. de usurp. 41, 3); ebensowenig könnte dann die Frage entstehen, ob die Stipulation einer Sachgesammtheit als stipulatio una anzusehen sei oder nicht l. 29 pr. D. de V. O.

30) Die Frage ist hier ebenso eine Interpretationsfrage wie in dem Fall, wenn der Erblasser seine Kleider, sein Gold und Silber, seinen Schmuck u. s. f. vermacht; sind hierunter die Kleider u. s. f. zu verstehen, welche der Erblasser schon zur Zeit der Testamentserrichtung hatte oder jene, welche er überhaupt zur Zeit seines Todes hat? Das römische Recht legt hierbei alles Gewicht auf den Ausdruck meum (argentum meum, vestem meam) und nimmt daher an (l. 49 §. 4 D. de R. V. — meum est — cujus vindicandi jus habeo), daß nur jene Sachen gemeint

bekommt der B alle die Schafe welche zur Zeit des Anfalls des Legats die Heerde ausmachen, nicht bloß die Schafe welche der A zur Zeit der Testamentserrichtung besaß; es kommt daher dem Legatar jede Vermehrung zu gute wie ihm andererseits jede mittlerweile etwa eingetretene Verminderung schadet[31]. Ebenso ist nicht aus dem Begriff der Sachgesammtheit heraus[32] sondern mit Rücksicht auf den aus den Umständen zu ermittelnden Willen des Erblassers zu entscheiden, ob er mit dem Legate eines Collectivganzen die einzelnen Sachen nur in so fern legiren wollte als sie das Collectivganze wirklich ausmachen, oder ob er zugleich jede einzelne Sache für sich legiren wollte welche unter den Begriff des Collectivganzen fällt, sollte gleich das Collectivganze als solches nicht mehr existiren. Wenn z. B. der A dem B seine Schafheerde legirt, so wird sein Wille häufig dahin gerichtet sein, der B solle alle die Schafe haben welche zur Zeit von A's Tode vorhanden sind und welche unter den Collectivbegriff Heerde fallen; in diesem Falle wird der B auch das einzige Schaf erhalten welches von der Heerde zur Zeit des Todes vorhanden ist, wenn etwa alle übrigen z. B. durch eine Seuche hinweggerafft wurden[33]. Wenn aber der A

---

seien, welche der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung hatte l. 7 D. de aur. arg. leg. (34, 2) — id legatum videtur quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intelligeretur si aliud comprehensum non esset; nam cum dicit vestem meam argentum meum hac demonstratione meum praesens non futurum tempus ostendit —. l. 40 pr. eod. l. 44 §. 4 D. de leg. II. — Wir dagegen interpretiren heutzutage diesen Ausdruck in gerade entgegengesetzter Weise und verstehen darunter das Vermächtniß aller Sachen dieser Gattung, welche der Erblasser zur Zeit des Todes haben wird. — Wenn aber auch der Erblasser die Sachgesammtheit, wie sie zur Zeit der Errichtung des Testaments ist, im Willen gehabt haben sollte (cf. l. 28 D. de instr. leg. 33, 7), so ist dennoch dieses Legat das Legat eines Begriffsganzen, einer Gesammtsache; nur ist natürlich die Frage, was dazu gehöre, nach einem andern Zeitpunkt zu beurtheilen, ohne daß man deßhalb wie es öfters geschieht (z. B. von Warnkönig Archiv S. 200—202 und selbst von Wächter Handb. II S. 236 Note 6) berechtigt wäre zu sagen, das Legat sei in solchen Fällen nicht das Legat einer Sachgesammtheit.

31) l. 21 D. de leg. I: Grege legato et quae postea accedunt ad legatarium pertinent. l. 21 eod. Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent in eorumque locum alia essent substituta: eundem quoque videri —. §. 18 I. de leg. (2, 20) l. 65 pr. D. de leg. II l. 28 D. de instr. leg. (33, 7) l. 28 D. quando dies leg. (36, 2).

32) Wie dieß z. B. von Warnkönig im Archiv S. 194—194 und auch von Wächter Handb. II S. 238 Nr. 4 geschieht.

33) So entscheidet das römische Recht §. 18 I. de leg. (2, 20) Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari

dem B ſein Viergeſpann vermacht, ſo mag die Intention des A dahin gerichtet ſein, daß der B die Pferde nur inſofern ſie das Viergeſpann wirklich ausmachen erhalten ſolle, ſo daß der B wenn zur Zeit des Anfalls des Legats das eine Pferd etwa umgeſtanden iſt die drei übrigen nicht beanſpruchen kann[34]. Bei einem legirten Nießbrauch iſt die Interpretation des Willens des Erblaſſers leichter. Der Nießbrauch einer Heerde, eines Viergeſpanns iſt ein ganz anderer als der Nießbrauch der einzelnen Schafe oder Pferde wenn ſie nicht in dieſer Zuſammengehörigkeit betrachtet werden; dieſe Zuſammengehörigkeit iſt zunächſt eine wirthſchaftliche und bringt auf dem Rechtsgebiet nur gewiſſe Wirkungen hervor[35]. Wenn daher beim Legat des Nießbrauchs an einer Heerde die Frage entſteht, ob der Legatar den Nießbrauch an dem einzigen oder den wenigen eine Heerde nicht ausmachenden zur Zeit des Abfalls des Legats vorhandenen Schafen beanſpruchen könne und dieſelbe verneinend beantwortet wird[36], ſo erklärt ſich dieß weder daraus, daß hier etwa die Sachgeſammtheit als ſolche nicht die ſie conſtituirenden Einzelſachen in Betracht kommen, noch aus der ſtrengen juriſtiſchen Natur des Uſusfructus[37] oder der bekannten Anſicht daß dieß Recht ſo viel als möglich einzuſchränken ſei, ſondern lediglich aus

potest. l. 22 D. de leg. I — Si deminutum ex eo grege pecus esset et vel unus bos superesset eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse. — In dieſem Sinn heißt es wohl auch in l. 79 pr. D. de leg. III Si chorus aut familia legatur perinde est quasi singuli homines legati sint.

34) l. 65 §. 1 D. de leg. II: Quadrigae legatum equo postea mortuo perire ita quidem credunt, si equus ille decesserit qui demonstrabat quadrigam; sed si medio tempore deminuta suppleatur ad legatarium pertinebit. In dieſem Fall ſind alſo nicht quasi singuli equi legati; daß dieſe Stelle wie es häufig geſchieht bloß auf den legirten ususfructus quadrigae zu beziehen ſei, iſt aus ihr durchaus nicht zu entnehmen.

35) Wer Jemanden den Nießbrauch an einer Heerde einräumt, will daß die Heerde als ſolche gleichſam als Grundſtock und Capital fortbeſtehe und in gehörigem Stand erhalten werde, daher der Uſufructuar die Verpflichtung hat die abgängigen Stücke zu ergänzen. l. 68 §. 2 l. 69 l. 70 §. 2. 3 D. de usuf. (7, 1).

36) l. 31 D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4) Cum gregis ususfructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis ut grex non intelligatur perit ususfructus. l. 10 §. 8 eod. Quadrigae usufructu legato si unus ex equis decesserit an exstinguatur ususfructus quaeritur? Ego puto multum interesse equorum an quadrigae ususfructus sit legatus; nam si equorum supererit in residuis, si quadrigae non remanebit (l. 11) nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.

37) Wie man ſich öfters zu helfen ſucht z. B. Mühlenbruch im Archiv S. 377 Nr. 4.

der durch wirthschaftliche Rücksichten modificirten Natur des Usus-fructus an den zu einer Heerde vereinigten Schafen.

2) Wenn eine Gesammtsache Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden z. B. einer Schenkung oder eines Verkaufs ist, so sind es wieder nur die einzelnen körperlichen Sachen, welche in ihrer Zusammengehörigkeit als Inbegriff das Object des Rechtsverhältnisses bilden[38]. Wenn eine Sachgesammtheit z. B. eine Heerde, eine Bibliothek u. s. f. verschenkt oder verkauft wird, so sind es die einzelnen körperlichen Sachen, welche in ihrer Gesammtheit verschenkt oder verkauft werden[39]. Hieraus ergibt es sich von selbst, daß das Ganze so geleistet werden muß, wie es zur Zeit des geschlossenen Geschäfts bestand, dafern nicht etwas anderes bestimmt wurde und daß daher der Promittent weder diejenigen einzelnen Sachen, welche er später hin-

---

38) Mühlenbruch im Archiv S. 376 meint, bei Geschäften unter Lebenden verliere das Begriffsganze seine Bedeutung als wahre universitas und verwandle sich in eine Mehrzahl bestimmter Sachen, welche nur durch einen Collectivnamen bezeichnet werden; allein das Begriffsganze hat auf dem Rechtsgebiet überhaupt keine andere Bedeutung als die einer Mehrheit von einzelnen Sachen, welche mit einem Collectivnamen bezeichnet werden. Sintenis I S. 437 Note 69 und Wächter Handb. II S. 236 meinen, daß bei Geschäften unter Lebenden ein Inbegriff von Sachen bald als Ganzes bald nicht als solches in Betracht komme und führen als Beispiel für den letzteren Fall den Verkauf und die Schenkung einer Sachgesammtheit an, da hier „das Ganze so geleistet werden müsse wie es zur Zeit des geschlossenen Geschäfts bestand." Allein diese Ansicht ist wohl gleichfalls unrichtig und geht aus dem bereits früher (Note 24) hervorgehobenen übertriebenen Gewicht hervor, welches diese Schriftsteller auf den Wechsel der Bestandtheile legen. Einerseits findet sich überall ein Zeitpunkt, welcher in Ansehung der Zulässigkeit des Wechsels der Bestandtheile einer universitas eine Grenze setzt z. B. in Ansehung einer universitas legata der dies legati cedens; andererseits kann ein Wechsel der Theile zulässig sein, ohne daß deßhalb von einer universitas die Rede sein kann z. B. bei einem Schenkungsversprechen der Cigarren, welche sich in der Büchse A am Neujahrstag 1857 befinden werden. Auch dürfte es ein Widerspruch sein, beim Verkauf einer Heerde als Object des Rechtsgeschäfts nicht die universitas anzunehmen und in Ansehung der Evictionsfrage dasselbe Geschäft dennoch als über eine universitas geschlossen anzusehen, wie es Wächter Handb. II §. 39 Nr. I Ziff. 2. 3 thut.

39) Auch hier ist nur im vulgären unjuristischen Sinn eine Sache (die Gesammtsache z. B. die Heerde oder die Bibliothek) Gegenstand des Rechtsgeschäfts; in der That und in juristischer Beziehung sind es nur die einzelnen das Begriffsganze bildenden Sachen, welche den Gegenstand des einen Rechtsgeschäfts ausmachen: es ist nicht ein Rechtsgeschäft über eine Sache, sondern ein Rechtsgeschäft über mehrere Sachen und in diesem Sinn liegen in der Stipulation einer Gesammtsache nicht tot stipulationes quot res, sondern es ist stipulatio una vorhanden, quamvis plura corpora sint (l. 29 pr. D. de V. O.).

zufügte, wenn sie gleich unter denselben Collectivbegriff fallen, zu leisten hat, noch andererseits das Ganze willkürlich vermindern darf, sondern in dieser Beziehung für seine Handlungen einstehen muß. — Weil aber die einzelnen Sachen nicht jede für sich, sondern nur in ihrer Zusammengehörigkeit mit den andern Sachen, mit welchen sie das Begriffsganze ausmachen, in Betracht kommen, so hat der Veräußerer nicht für die physischen und rechtlichen Mängel jeder einzelnen Sache für sich zu haften, sondern nur für jene Mängel der einzelnen Stücke, welche für die Existenz und Beschaffenheit des durch sie gebildeten Begriffsganzen von Bedeutung sind[40].

3) Da die Gesammtsache etwas Ideelles, Unkörperliches, Begriffliches ist, so kann sie als solche nimmermehr Object eines dinglichen Rechts sein. In dieser Beziehung aber herrschte und herrscht selbst bei manchen neuern Schriftstellern[41] noch die entgegengesetzte

40) Wird eine Gesammtsache um Einen Preis verkauft und besteht sie aus einer unbestimmten Anzahl von Stücken, so haftet der Veräußerer weder für die physischen noch für die rechtlichen Mängel jeder einzelnen Sache z. B. eines Schafes aus der Heerde l. 38 pr. D. de aedilit. edict. (21, 1) l. 5 D. de evict. (21, 2) l. 4 C. eod. tit. (8, 45), sondern nur für die Mängel einer größeren Anzahl, wodurch gleichsam das Collectivganze selbst z. B. die Heerde als fehlerhaft erscheint vgl. Puchta Vorles. II S. 203. Diese Entscheidung erklärt sich aber nicht daraus daß etwa die Sachgesammtheit als solche, als künstliches ideelles Rechtsobject veräußert wurde, sondern daraus daß die einzelnen veräußerten Sachen als zusammengehörig und in dieser Zusammengehörigkeit ein Ganzes bildend um Einen Preis verkauft wurden (vgl. l. 35 §. 6 D. de C. E.). Es gelten hier ganz dieselben Grundsätze (vgl. Mühlenbruch im Archiv S. 376 Note 107) wie bei jedem Aversionalkauf (vgl. Seuffert Pandektenr. II §. 258 Nr. 3, §. 930 a. b. G. B), und das Besondere besteht nur darin daß bei der Veräußerung einer Sachgesammtheit im Zweifel stets ein Aversionalgeschäft vorhanden ist. Daher haftet der Veräußerer einer Gesammtsache auch stets für den dolus in Ansehung jeder einzelnen Sache und es steht nichts im Wege, daß er vertragsmäßig die Haftung für jede einzelne Sache übernehme (l. 38 pr. cit. l. 5 cit.), ohne daß dadurch der Verkauf aufhören würde der Verkauf einer Sachgesammtheit einer universitas zu sein; ja bei Sachgesammtheiten, welche nothwendig aus einer bestimmten Anzahl von Sachen bestehen, z. B. einem Viergespann haftet der Veräußerer auch ohne besondere Verabredung stets für die Fehler jedes einzelnen Stücks (l. 34 pr. D. de aed. 21, 1) vgl. Warnkönig im Archiv S. 203, Glück XX S. 63—68.

41) Dieser Ansicht sind Warnkönig im Archiv S. 190 fg., Roßhirt Zeitschrift S. 444 und Note 4, Sintenis I S. 436 fg., Puchta Institut. II S. 519. 520 Vorles. I S. 73. 74, Wangerow I §. 74, welch Letzterer sich von den angeführten Schriftstellern dadurch unterscheidet, daß nach seiner Ansicht (welche allerdings consequenter aber freilich um so unrichtiger ist) das dingliche Recht nur an dem Ganzen, nicht auch an den einzelnen Theilen bestehen soll (vgl. dagegen auch Puchta Institut. II §. 222 Note i Vorles. I S. 74), während die übrigen Schrift-

Ansicht, indem man sich von der Idee der Sachgesammtheit als eines eigenen künstlichen Objects leiten läßt, welches als juristische fingirte Sache, als Sacheinheit Object aller Vermögensrechte sei. So sollte zunächst an der Gesammtsache als solcher Eigenthum möglich sein und man fragte nunmehr, auf welche Art das Eigenthum an der Gesammtsache durch Tradition erworben werden könne[42], da bei ihr als einer unkörperlichen Sache eine Übergabe von Hand zu Hand (traditio ex manu in manum) unmöglich sei. In dieser Beziehung half man sich häufig mit dem an und für sich ganz unrichtigen Begriff der s. g. symbolischen Tradition. Auf diesem Standpunkt steht denn auch das österreichische Gesetzbuch: es läßt im §. 427 an Gesammtsachen „weil sie ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Übergabe zulassen" eine symbolische Übergabe durch Zeichen zu[43]. — Diese ganze Annahme aber ist durchaus irrig und verkehrt; sie läßt sich nicht consequent durchführen und auch bei Jenen, welche sie aufstellen, kommt dennoch in vielen Fällen wenngleich auf Umwegen die entgegengesetzte allein richtige Ansicht zur Geltung. Der Ausdruck Eigenthümer einer Heerde, einer Bibliothek u. s. w. ist nur ein abgekürzter Ausdruck für Eigenthümer der einzelnen Sachen, welche zusammen die Heerde, die Bibliothek u. s. f. ausmachen[44]. Daher kommt es in Ansehung des Eigenthumsrechts auf jedes ein-

steller ein dingliches Recht am Ganzen und zugleich an den einzelnen Sachen als Theilen des Ganzen annehmen; vgl. insbes. Warnkönig im Archiv S. 191. 192, Sintenis S. 436 fg. — Gegen diese Annahme eines dinglichen Rechts am Collectivganzen als solchem als einer angeblich unkörperlichen Sache s. Mühlenbruch im Archiv S. 377 fg. Lehrb. II §. 270 Note 2 und insbesondere die treffliche Erörterung von Wächter Heft I S. 17—25.

42) Vgl. z. B. Warnkönig im Archiv S. 196.

43) Diese Bestimmung des §. 427 a. b. G. B. erklärt sich demnach aus der Annahme, daß an der Gesammtsache als solcher Eigenthum stattfinden könne; da nun das Eigenthum an der Sachgesammtheit als einer unkörperlichen Sache durch körperliche Übergabe von Hand zu Hand (§. 426 a. b. G. B.) nicht erworben werden kann, so „gestattet das Gesetz die Übergabe durch Zeichen" aushilfsweise. Vgl. Zeiller II S. 28. S. 223. Von manchen Schriftstellern ist diese Bestimmung des §. 427 mißverstanden worden, indem sie meinen das Gesetz gestatte im §. 427 die Übergabe der Gesammtsache durch Zeichen nur „der Bequemlichkeit halber, um nicht jede Sache einzeln übergehen zu müssen;" so schon von Schuster in der angef. Abhandl. S. 227 Note 1, von Winiwarter I S. 200 und neuerlichst von Stubenrauch I S. 811.

44) Auch denjenigen, dem die größere Anzahl der Schafe gehört, nennt man Eigenthümer der Heerde: allein die Heerde gehört ihm nur in so fern als er an den einzelnen Stücken Eigenthum hat; l. 1 §. 2 l. 2. l. 8 pr. D. de R. V.

zelne Stück an und die Rechtsverhältniſſe, welche in Anſehung der einzelnen Sachen beſtehen, werden dadurch nicht geändert, daß ſie mit andern Sachen gemeinſchaftlich ein Collectivganzes ausmachen (singulae res suam causam habebunt). Deßhalb erwirbt derjenige, dem der Verkäufer das angebliche Eigenthum an einer Geſammtſache überträgt, dadurch nicht das Eigenthum an den in der Sachgeſammtheit befindlichen dem Verkäufer nicht gehörigen Sachen[45] und das geſtohlene Schaf z. B., welches ſich in der Heerde befindet, gehört deßhalb weil es in der Heerde ſteckt nicht etwa dem Eigenthümer dieſer[46]. Die Vindication einer Sachgeſammtheit[47] iſt nichts anderes als eine aus praktiſchen Gründen zugelaſſene[48] Häufung der Vindicationsklagen auf alle einzelnen das Collectivganze ausmachenden Sachen; daher hält der beklagte Beſitzer einer Heerde jene Schafe, welche ihm gehören, zurück und folgt nur die übrigen aus (in restitutionem non venient aliena capita l. 2 D. de R. V.) und wenn der Kläger mit der Vindicationsklage auf die Heerde abgewieſen iſt, ſo ſteht ſeiner ſpätern Vindicationsklage auf ein einzelnes zur Heerde gehöriges Schaf die exceptio rei judicatae entgegen, weil bei der Vindicationsklage einer Heerde eben nicht ein ideelles von den einzelnen Schafen verſchiedenes Rechtsobject ſondern ſämmtliche einzelne die Heerde ausmachende Schafe vindicirt werden[49]. Handelt es ſich

45) Das Eigenthum ergreift alſo nur die einzelnen Stücke; das in der Sachgeſammtheit befindliche, dem Veräußerer nicht gehörige Stück kann daher vom Dritten ohne weiteres vindicirt werden; l. 23 §. 5 D. de R. V.

46) l. 30 §. 2 D. de usur. et usucap. (44, 3) — nec si quid emtum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex dominii mei sit haec quoque ovis — sed singulae suam causam habebunt. Diejenigen welche von der hier bekämpften Anſicht ausgehen, vermeiden freilich die Conſequenz derſelben, indem ſie ſagen „durch einſeitige Einverleibung können die Rechte eines Andern nicht verkürzt werden“ vgl. z. B. Zeiller II S. 27, Koch I S. 199 Nr. 3. Allein heißt dieß nicht in der That zugeſtehen, daß es ſich nur um das Rechtsverhältniß jeder einzelnen Sache als ſolcher handle?

47) Das römiſche Recht ſpricht zwar nur von einer vindicatio gregis (l. 1 §. 2. l. 2 l. 3 pr. D. de R. V.): aber es iſt keinem Zweifel unterworfen, daß die Vindication jeder Sachgeſammtheit zuläſſig iſt; arg. l. 1 §. 1 D. de instr. leg. (33, 7); vgl. Warnkönig im Archiv S. 190 Note 35, Mühlenbruch im Archiv S. 348.

48) Vgl. Mühlenbruch Lehrbuch II §. 270 Note 2 und insbeſ. Wächter Erörter. I S. 48. 49.

49) l. 21 §. 1 D. de except. rei judic. (44, 2) — Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege puto obstaturam exceptionem.

um eine Theilung der Heerde z. B. in dem Fall, wenn eine Heerde zwei Personen vermacht wird, so wird nicht die angebliche unkörperliche Sache in ideelle Theile (Quoten) getheilt[50], sondern jeder Theilhaber erhält an den einzelnen Sachen Miteigenthum. — Wie an der Sachgesammtheit als solcher Eigenthum, so nimmt man häufig auch die Möglichkeit eines Nießbrauchs an der universitas als solcher an[51]. Allein auch dieß ist gewiß unrichtig. Die Gesammtsache als solche wird nicht gebraucht, benutzt, sie trägt als solche keine Früchte u. s. w.; dieß thun nur die einzelnen Sachen und der Ususfructus an der universitas ergreift daher immer nur die einzelnen Stücke. Nur bewirkt die Zusammengehörigkeit der das Collectivganze ausmachenden Sachen gewisse wirthschaftliche Modificationen, welche auch auf die rechtliche Behandlung des Ususfructus einen modificirenden Einfluß nehmen[52]. — Was den Besitz anbelangt, so hätte die ältere Doctrin bei ihrer Ansicht, daß an allen unkörperlichen Sachen Besitz möglich sei, wohl auch an der Gesammtheit als solcher einen (Quasi-) Besitz angenommen, wenn nicht die klare und deutliche Bestimmung der l. 30 §. 2 D. de usurpat. et usucap. (41, 3)[53] davor geschützt hätte, welche ausdrücklich sagt, daß bei Sachgesammtheiten nur an den einzelnen Sachen als solchen Besitz stattfinden könne. Diese Ansicht hielten daher auch die älteren Schriftsteller fest[54] und sie gilt ebenso für unser heutiges österreichisches Recht trotz der maßlos weiten Bestimmung des §. 311 des bürgerlichen Gesetzbuchs[55].

Diese Entscheidung der l. 24 cit. bleibt Warnkönig auf seinem falschen Standpunkt (vgl. Note 24) unverständlich und wird daher von ihm eben so scharf als grundlos getadelt (Archiv S. 192—194).

50) arg. l. 2 D. de R. V. — ne partem dimidiam totius ejus —.

51) So z. B. Warnkönig im Archiv S. 196. 197, der diese Ansicht mit vieler Zuversicht und Bestimmtheit ausspricht, Puchta Vorles. I S. 73 Nr. 6.

52) Der Nießbrauch an den einzelnen Sachen, welche als zusammengehörig und ein Collectivganzes ausmachend angesehen werden, wird in manchen Stücken anders behandelt als der Nießbrauch an den einzelnen Sachen, welche nicht in solcher Verbindung stehen; vgl. l. 10 §. 8 l. 11 D. quib. mod. usufr. (7, 4) l. 68—70 D. de usufr. (7, 1); s. oben im Text Nr. 1 a. E.

53) — Etsi natura ejus (sc. gregis) ita est ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio —.

54) Vgl. z. B. Westphal System des römischen Rechts über die Arten der Sachen u. s. w. S. 50. 51, Unterholzner Entwicklung der gesammten Verjährungslehre Bd I (1828) S. 164.

55) Auch jene neueren Schriftsteller, welche in der Gesammtsache ein künstliches

4) Auch ein Pfandrecht an der Gesammtsache als solcher als einem künstlichen ideellen Object wird häufig angenommen[56] und daraus zu erklären versucht, daß der Pfandgläubiger alle einzelnen später hinzukommenden Sachen welche zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts die universitas ausmachen veräußern dürfe[57]; ja manche Schriftsteller glauben hieraus den Satz ableiten zu können, daß bei der Verpfändung einer Sachengesammtheit die aus der Verbindung heraustretenden Sachen stets vom Pfandnexus frei werden müssen[58]. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber auch diese Annahme als haltlos[59]. Das Pfandrecht als ein dingliches Recht ergreift immer nur die einzelnen Sachen und die Verpfändung einer Gesammtsache ist nichts anderes als die Verpfändung aller einzelnen gegenwärtig und künftig hinzukommenden Sachen, welche unter den Collectivbegriff fallen[60]. Das Pfandrecht ergreift deßhalb auch die einzelnen Stücke, welche später zur universitas hinzukommen; dagegen liegt es an sich durchaus nicht in der Verpfändung einer Sachgesammtheit, daß mit dem Heraustreten einer Sache aus der universitas das an ihr bestehende

---

ideelles Rechtsobject sehen, nehmen an, daß an ihr als solchem Besitz nicht stattfinde; so z. B. Puchta Vorles. I S. 74, Warnkönig im Archiv S. 194—196, Bangerow I S. 426 lit. a, Sintenis I S. 436 Note 67. Allein diese Schriftsteller motiviren es nirgends, warum gerade hier „der natürliche Zustand überwiegt," warum „sehr consequent das neue ideelle Object unmöglich besessen werden könne" und andererseits dennoch Eigenthum und dingliche Rechte an der Gesammtsache als solcher möglich sein sollen; vgl. auch Wächter Erörter. I S. 17. 18, Heimbach im Rechtslex. IX S. 491. 492.

56) So z. B. von Warnkönig im Archiv S. 197—200, Sintenis I S. 437. 638. 639, Puchta Institut. II S. 519 Note i Vorles. I S. 78 Nr. 6, Bangerow I S. 426 lit. b.

57) l. 13 pr. D. de pignor. (24, 1) Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus pignori tenebitur. cf. l. 34 pr. eod.

58) So Warnkönig a. a. O. Bangerow a. a. O. meint, daß nur in einem solchen Fall, wenn die aus der universitas heraustretenden Sachen vom Pfandnexus frei werden, von einer juristischen universitas gesprochen werden könne; vgl. Note 28 und 41.

59) Vgl. Mühlenbruch im Archiv S. 377—379, insbes. aber Wächter Erörter. I S. 20—25.

60) Es ist die Verpfändung einer Sachgesammtheit somit nur ein kürzerer Ausdruck für die Verpfändung aller einzelnen Sachen, welche gegenwärtig das Begriffsganze ausmachen und später zu denselben hinzukommen. Dieß sieht man ganz deutlich an der Verpfändung des Vermögens als einer Sachgesammtheit im weitern Sinn (s. im Text Nr. III), da im früheren römischen Recht dafür die Formel bestand: quidquid in bonis habeo habiturusve sim.

Pfandrecht erlösche[61]. — Auf dem hier bekämpften Standpunkt steht denn auch das österreichische Gesetzbuch (§. 452)[62].

II. So wie Inbegriffe von (körperlichen) Sachen so können auch Inbegriffe von körperlichen und unkörperlichen Sachen d. i. von Sachen und Vermögensrechten aller Art, ja auch Inbegriffe von Vermögensrechten allein (von Forderungen und Schulden überhaupt oder von einer gewissen Gattung) im Rechtsverkehr als eine Gesammtheit in Betracht kommen (Sachgesammtheit, Gesammtheit im weitern Sinn universitas rerum corporalium et incorporalium) so z. B. das ganze Vermögen einer lebenden oder verstorbenen Person, das Heirathsgut, ein Handelsgeschäft mit allen Activen und Passiven[63] u. s. f. — Diese Sachgesammtheit besteht aus einem Inbegriff von vermögensrechtlichen Beziehungen und Verhältnissen eines Subjects, welche in gewissen Beziehungen als ein Ganzes behandelt werden; es ist somit immer ein Vermögen um welches es sich handelt. So wie es aber ganz unpassend ist diese Sachgesammtheit im weitern Sinn, die universitas rerum corporalium et incorporalium als eine universitas juris der universitas facti entgegen zu setzen, da auch eine Heerde, eine Bibliothek u. s. f. eine universitas juris d. h. eine in juristischer Beziehung relevante Sachgesammtheit ist[64], so ist es andererseits ganz unrichtig (vgl. Nr. I) besondere Rechts-

61) Über das besondere Recht der taberna oppignorata (l. 34 pr. D. de pignor. 20, 1) vgl. Wächter Erörter. I S. 21. 22. — Bekanntlich ist diese Frage im gemeinen Recht sehr bestritten.

62) So wie nach österreichischem Recht an der Gesammtsache als solcher Eigenthum (§. 427 a. b. G. B.), so ist an ihr als solcher auch Pfandrecht möglich (§. 452 a. b. G. B.) und auch hierbei findet s. g. symbolische Tradition statt vgl. Zeiller II S. 28. 257. 258. Der Pfandgläubiger hat somit ein Pfandrecht an den einzelnen zur Zeit der Realisirung desselben die Sachgesammtheit constituirenden Sachen, z. B. an den Schafen, welche zur Zeit der Verwirklichung des Pfandrechts die Heerde ausmachen. Dagegen gilt nach österreichischem Recht wohl ganz allgemein der Grundsatz, daß mit dem Heraustritt der einzelnen Sache aus der universitas der Pfandnexus aufhöre (a. A. Zeiller II S. 28): aber nicht aus dem Grund, weil dieß etwa im Begriff der Verpfändung einer universitas liegt, sondern deßhalb weil an den einzelnen Sachen als solchen nach österreichischem Recht nur ein Faustpfand stattfinden kann. Auch diese Bestimmung des österreichischen Gesetzbuchs (vgl. Note 43) ist öfters verkannt worden, so z. B. von Schuster in der angef. Abhandl. S. 228 Note 1; die richtige Auffassung derselben findet sich bei Nippel III S. 460, Stubenrauch II S. 38.

63) l. 64 D. de leg. III l. 88 pr. eod. l. 77 §. 16 D. de leg. II. Vgl. Mühlenbruch im Archiv S. 350. 351.

64) Vgl. Wächter Handb. II S. 239—242. Es kommt häufig vor, daß

grundsätze aufzusuchen und aufzustellen, welche von den Sachgesammtheiten im weiteren Sinn im Gegensatz zu den s. g. universitates facti gelten sollen. Überhaupt läßt sich für die Sachgesammtheiten im weitern Sinn gar nichts Allgemeines geben, sondern es kommt durchaus auf die Beschaffenheit der einzelnen Fälle an[65], deren Darstellung im System an verschiedene Orte gehört[66].

---

man den Ausdruck universitas juris gebraucht, um ein gewisses Vermögen zu bezeichnen, so z. B. Kierulff I S. 321, Brinckmann Handelsr. §. 36 fg. Allein will man schon den Gegensatz dieser Sachgesammtheit im weiteren Sinn zur Sachgesammtheit (im engern Sinn), welche bloß aus körperlichen Sachen besteht (universitas rerum corporalium, universitas rerum im engern Sinn) mit einem kurzen Ausdruck bezeichnen, so dürfte es wohl besser sein im Unterschiede von der universitas rerum (im engern Sinn) von einer universitas jurium zu sprechen.

65) So z. B. in Ansehung der Erbschaft als Gegenstand der Universalsuccession des Erben und andererseits als Gegenstand der Singularsuccession wie z. B. beim Erbschaftsverkauf oder beim fideicommissum hereditatis alienae; so ferner in Ansehung der Schenkung eines ganzen Vermögens, der Ablösung eines Geschäfts, der Übernahme aller Activen und Passiven einer aufgelösten Handelsgesellschaft u. s. f.

66) Über diese systematische Stellung vgl. Kierulff I S. 322 Note *, Sintenis I S. 435 in der Note, Puchta Vorles. I S. 78 Nr. 1.

Vierte Abtheilung.
Das ſubjective Privatrecht.

Zwölftes Capitel.

Von dem ſubjectiven Privatrecht im Allgemeinen.

I. Begriff und Natur des Privatrechts im ſubjectiven Sinn.

§. 58. Ein Privatrecht im ſubjectiven Sinn iſt die von dem objectiven Recht anerkannte Herrſchaft des individuellen Willens. Vermöge des ſubjectiven Privatrechts iſt der Berechtigte befugt, in den durch das objective Privatrecht geregelten Beziehungen zu handeln und von Dritten Handlungen oder Unterlaſſungen zu fordern. Das Privatrecht im ſubjectiven Sinn iſt eine Macht, welche einer Perſon über Perſonen oder Sachen zuſteht, eine Macht, welche der Wille über andere Willen hat[1]. Dieſer ſeiner Macht kann ſich der Berechtigte in der Regel[2] mit ſeinem Willen entäußern, er kann ſich des ihm zuſtehenden Rechtes entſchlagen und auf dasſelbe verzichten: dieſe Verzichtbarkeit iſt der regelmäßige Charakter des Privatrechts im ſubjectiven Sinn. Dieſe Verzichtleiſtung kann in der Weiſe geſchehen, daß der Berechtigte ſein Recht aufgibt, ohne es auf einen andern zu übertragen (Verzicht im engern eigentlichen Sinn), oder in der Art, daß er ſich ſeines Rechtes durch Übertragung desſelben an ſich oder

1) Vgl. Kierulff I S. 154—158 (der mit Unrecht in dieſer Beziehung einen Unterſchied zwiſchen dem heutigen und dem römiſchen Recht finden will) und Stahl Rechtsphiloſ. II S. 277 fg.

2) Die Ausnahmen von dieſer Regel werden am betreffenden Ort angegeben werden. — Die Möglichkeit des Verzichts bezieht ſich immer nur auf die concreten Rechte, mögen dieſe nun jura communia oder singularia ſein; auf natürliche Zuſtände, welche die Quelle von Rechten ſind, kann ſelbſtverſtändlich nicht verzichtet werden l. 34 D. de pact. (2, 14).

der Ausübung nach auf einen andern begibt, dafern nicht die besondere Natur des Rechtes selbst oder besondere gesetzliche Vorschriften dieser Übertretung im Wege stehen [3].

Aus dem Begriffe eines Privatrechts folgt [4]:

1) Jedes Privatrecht kann nur einer (physischen oder juristischen) Person zustehen, da jedes Recht in einer Willensherrschaft besteht. Wenn demnach von Rechten gesprochen wird, welche einer Sache zustehen oder an eine Sache geknüpft sind, so dient dieß nur zur Bezeichnung der besondern Rechtsform, durch welche in solchen Fällen die Person des berechtigten Individuums bestimmt wird (vgl. unten §. 64).

2) Jedes Privatrecht hat einen Gegenstand auf den es gerichtet ist, einen Inhalt zu dem es befugt, einen Umfang in dem es wirksam ist; hiervon wird im folgenden Paragraph gehandelt werden. Ferner setzt jedes Recht zu seiner concreten Existenz einen von dem objectiven Privatrecht anerkannten Rechtsgrund voraus, durch welchen es sich in einem bestimmten Subject verwirklicht.

3) Da jedes Privatrecht eine durch das objective Recht eingeräumte Herrschaft ist, so kann es kein Privatrecht geben, dessen Inhalt im Widerspruch stände mit dem objectiven Recht. Es kann daher kein Privatrecht existiren, welches auf dasjenige gerichtet wäre, was das objective Recht als unzulässig erklärt; es gibt somit insbesondere kein Privatrecht an Sachen die dem Verkehr entzogen sind (§§. 311. 356 a. b. G. B.), noch ein Recht auf Handlungen, die juristisch unmöglich sind oder die gegen die guten Sitten (contra bonos mores) verstoßen und daher unerlaubt sind, ebensowenig als es ein Recht auf physisch Unmögliches geben kann (§§. 878—880 a. b. G. B.).

4) Jedes Recht setzt zu seiner Existenz und seinem Fortbestehen ein juristisches Interesse auf Seite des Berechtigten voraus [5]; dieses

3) Vgl. hierüber unten §. 64. 65.

4) Vgl. über das Folgende insbes. Wächter II §. 82.

5) Vgl. hierüber die Ausführungen von Löhr in seinem und Grolmann's Magazin Bd III S. 489 fg., Schweppe I §. 145 Nr. 8. — Daher ist z. B. der Vertrag worin man Jemanden verspricht, ohne dessen Einwilligung sein Grundstück nicht zu verkaufen, in der Regel nichtig (l. 61 D. de pact. 2, 14); daher besteht eine Servitut nicht zu Recht, welche dem Berechtigten keinen Vortheil gewährt z. B. eine Servitut des Inhalts, daß der Besitzer des dienstbaren Gutes auf demselben

juriſtiſche Intereſſe wird in der Regel ein vermögensrechtliches Intereſſe ſein [6], in manchen Fällen kann aber auch ein ſittliches Intereſſe ja ſelbſt ein auf individuellen Neigungen und Verhältniſſen beruhendes Intereſſe ausreichen um ein Recht zu begründen [7]. Hat das Intereſſe aufgehört, indem der Zweck, zu deſſen Erreichung das Recht eingeräumt wurde, bereits realiſirt iſt oder nicht mehr realiſirt werden kann ſo muß auch das Recht ſelbſt in Folge des Wegfalls des juriſtiſchen Intereſſes aufhören [8].

---

nicht ſpazieren gehe (l. 38 l. 39 D. de S. P. U. 8, 2 l. 8 pr. l. 15 pr. D. de servit. 8, 1; nicht entgegen ſteht l. 19 D. eod. vgl. über dieſe Stelle Löhr a. a. O. S. 483 fg.); deßhalb ſind Verträge zu Gunſten Dritter in der Regel ungiltig, weil der allein aus dem Vertrag berechtigte Promiſſar in der Regel kein Intereſſe an der Erfüllung des Vertrags hat (l. 38 §. 17 l. 95 D. de V. O. §. 19 I. de inutil. stipul. 3, 19 [20] §. 881 a. H. G. B.); daher beſteht das Pfandrecht nicht zu Recht, wenn es einem andern als dem Creditor z. B. dem solutionis causa adjectus beſtellt wurde (l. 38 l. 33 D. de pignor. 20, 1); andere Anwendungen jenes Grundſatzes ſ. in l. 97 §. 1 D. de V. O, in l. 71 pr. D. de condit. (35, 1), in l. 2 §. 1 D. si quis in jus vocat. (2, 5) u. ä. m.

6) So insbeſondere bei Obligationen l. 9 §. 2 D. de statu lib. (40, 7) — ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestariqne possunt. l. 25 §. 1 D. de O. et A. Ein ſolches vermögensrechtliches Intereſſe muß auch nach öſterr. Recht vorhanden ſein, wenn von einem obligatoriſchen Vertrag (§. 861 fg. a. b. G. B.) die Rede ſein ſoll. Daher iſt z. B. der Vertrag, daß uns Jemand nach Tiſch zum Spazierengehen abhole, mit uns ins Gaſthaus gehe, daß unſer Nachbar nicht Clavier ſpiele, daß Jemand das ihm ſchädliche Weintrinken unterlaſſe u. ſ. f. kein Vertrag, der auf civiliſtiſchem Gebiet von Intereſſe wäre; vgl. oben §. 47 Note 5.

7) So kann eine Prädialſervitut giltig beſtellt werden, wenn dadurch zwar nicht die Ertragsfähigkeit des herrſchenden Grundſtücks wohl aber die Annehmlichkeit desſelben erhöht wird (l. 8 pr. D. de aqua quotid. 43, 20 §. 473 a. b. G. B. vgl. Schrader civiliſtiſche Abhandlg. 1846 Abth. II Nr. 6). — Fälle, in welchen ein ſittliches Intereſſe (ein Affectionsintereſſe) hinreicht eine Forderung zu begründen (vgl. oben §. 47 Note 24) ſ. in l. 54 pr. D. mand. (17, 1) — placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam l. 36 D. de bon. libert. (38, 2) l. 6. 7 D. de serv. export. (18, 7) l. 71 pr. D. de condit. (35, 1); einen andern Fall ſ. in l. 35 D. de minor. 4, 4 (vgl. §. 234 a. b. G. B.); vgl. hierüber Puchta Pandekt. S. 220 Note l Inſtitut. III S. 4 und Buchka Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852) S. 190 fg.

8) l. 8 §. 6 D. mand. (17, 1) Mandati actio tunc competit, quum coepit interesse ejus qui mandavit: ceterum si nihil interest cessat mandati actio et eatenus competit quatenus interest. Ut puta mandavi tibi ut fundum emeres, si intererat mea emi teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi, neque interest aliquid cessat mandati actio. Mandavi ut negotia gereres: si nihil deperierit quamvis nemo gesserit aut si alius idonee gesserit cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum. Darum hört eine Servitut auf, wenn ſie dem herrſchenden Grundſtück keinen Vortheil mehr gewähren kann, ſo z. B. kann die servitus ne prospe-

5) Das Recht gewährt dem Berechtigten eine Herrschaft, welche er erforderlichen Falles zwangsweise geltend machen kann. Wird nemlich die Herrschaft, welche das Recht einräumt, gestört oder das Recht selbst bestritten, so kann der Berechtigte in manchen Fällen unmittelbar selbst den erforderlichen Zwang anwenden; in den meisten Fällen jedoch ist zur Durchsetzung des Rechts die Anrufung richterlicher Hilfe erforderlich.

Mit dem Rechte ist von selbst die Verbindlichkeit gesetzt; denn das Recht ist die Herrschaft des Willens über andere Willen und die dritten Personen sind daher genöthigt diese Herrschaft anzuerkennen und ihr nicht zuwider zu handeln. Rechte und Verbindlichkeiten sind ohne einander nicht denkbar, sie sind correlate Begriffe[9]. Das Recht und die Verbindlichkeit bilden den Inhalt des durch das objective Recht geregelten Verhältnisses: sie machen nicht, wie man früher öfters behauptet hat[10], das Rechtsverhältniß aus, sondern sie gehen aus demselben hervor.

Aus dem Begriff der privatrechtlichen Verbindlichkeit folgt:

1) So wie das Recht nur einer Person zustehen kann, so kann auch eine Verbindlichkeit nur einer Person obliegen, da alle privatrechtliche Verbindlichkeit in der Verpflichtung zu positiven oder negativen Handlungen besteht und ein Rechtsverhältniß nur zwischen Personen bestehen kann. Eine Sache kann nur Gegenstand des Rechtes sein; wenn man sich daher oft dahin ausdrückt, die Sache selbst sei verpflichtet, verbunden (obligatio rei), so soll damit nur gesagt sein, daß das Recht an und auf der Sache selbst unmittelbar hafte[11]. Auch ist in dem Falle, wenn die Verpflichtung zu einer positiven Leistung zunächst an eine Sache geknüpft ist, dieß nur eine besondere

---

ctui officiatur nicht fortdauern, wenn zwischen den beiden Grundstücken ein Haus aufgebaut wird, welches dem herrschenden Grundstück die Aussicht benimmt (l. 6 pr. D. si servit. vindic. 8, 5 cf. l. 186 §. 1 D. de V. O. Vgl. E. Hoffmann Die Lehre von den Servituten nach röm. Recht I [1838] S. 44); daher hört die Societät auf, wenn der Zweck erreicht ist oder nicht mehr erreicht werden kann (§. 1205 a. b. G. B.); ein anderes Beispiel s. in l. 32 D. loc. (19, 2).

9) Nur darf man dieß nicht dahin ausdrücken jus und obligatio seien correlata, da die obligatio im technischen Sinn eine viel engere Bedeutung hat; vgl. hierüber unten §. 62 insbes. Note 11. 12.

10) So z. B. noch Schweppe I §. 144.

11) Vgl. unten §. 61 und §. 62 Note 9.

Rechtsform um die verpflichtete Perſon und die Natur des Rechtes näher zu beſtimmen (vgl. hierüber weiter unten §. 63).

2) Sowenig es ein Recht auf Unſittliches oder auf juriſtiſch oder phyſiſch Unmögliches geben kann, ſo wenig kann es eine Verbindlichkeit hierzu geben [12].

3) Während das Recht dem Berechtigten eine Befugniß gibt, zwingt die Verbindlichkeit den Verpflichteten zu (poſitiven oder negativen) Handlungen [13]. Während daher der Berechtigte ſich ſeines Rechtes entäußern kann, kann ſich der Verpflichtete nicht einſeitig der ihm aufliegenden Verbindlichkeit entledigen; während der Berechtigte in der Regel ſein Recht beliebig auf Andere übertragen kann, kann der Verpflichtete ohne Einwilligung des Berechtigten ſeine Verbindlichkeit nicht von ſich ab auf Andere wälzen. Nur dann und inſofern als die Verbindlichkeit an ein verzichtbares Recht bloß als unſelbſtändige Folge oder als Laſt desſelben geknüpft iſt, kann ſich der Verpflichtete durch Aufgeben des Rechtes von der Verbindlichkeit befreien [14].

4) Da das Recht einen zwingenden Charakter trägt, kann ihm keine Verbindlichkeit gegenüber ſtehen, deren Anerkennung und Erfüllung lediglich in der Willkür des Verpflichteten ſtände [15]. Doch können einzelne Modalitäten der Leiſtung in die Willkür des Verpflichteten geſtellt ſein, wenn nur der beſtimmte nicht ganz bedeutungsloſe Inhalt der Verbindlichkeit in einer Weiſe feſtſteht, welche ihn unabhängig macht von der Willkür des Verpflichteten [16].

5) Der Verpflichtete muß gerade dasjenige leiſten was den Gegenſtand ſeiner Verbindlichkeit, den Inhalt des ihm gegenüber ſtehen-

---

12) l. 185 D. de R. J. Impossibilium nulla obligatio est (cf. c. 7. de R. J. in VI.) l. 4 C. de inutil. stipulat. (8, 39) — cum omnia quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducantur nullius momenti sunt. §. 878 a. b. G. B.

13) l. 108 D. de R. J. Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.

14) Fälle dieſer Art ſ. in l. 64 D. de usufr. (7, 1) l. 6 §. 2 D. si serv. vind. (8, 5) §§. 483. 508 a. b. G. B.; ſ. ferner weiter unten §. 63.

15) l. 108 §. 1 D. de V. O. Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit. l. 17 eod. l. 8 D. de O. et A. Sub hac conditione si volam nulla fit obligatio; pro non dicto enim est quod dare nisi velis cogi non possis —. l. 13 C. de contrah. emt. (4, 38).

16) l. 94 l. 115 pr. D. de V. O. §. 904 a. b. G. B.

den Rechtes ausmacht (vgl. §§. 1412. 1413 a. b. G. B.). Ausnahmsweise[17] aber kann der Verpflichtete ermächtigt sein statt deſſen etwas anderes zu leiſten und ſich dadurch von ſeiner Verbindlichkeit zu befreien. Dieß iſt die ſ. g. alternative Ermächtigung (facultas alternativa, jus alternativum)[18]. In dieſem Falle iſt die andere Leiſtung nicht Gegenſtand der Verbindlichkeit; der Berechtigte kann dieſe Leiſtung gar nicht, nicht einmal alternativ fordern; der Verpflichtete iſt nur befugt dieſe Leiſtung der geſchuldeten zu ſubſtituiren und ſich dadurch von ſeiner Verbindlichkeit zu befreien. Daher iſt dieſer Fall weſentlich verſchieden von dem der alternativen Verbindlichkeit (obligatio alternativa) d. h. einer Verbindlichkeit, welche ſchon an ſich auf zwei oder mehrere Leiſtungen in der Art gerichtet iſt, daß nur die eine derſelben zu geſchehen hat. In dieſem letztern Falle ſind alle Leiſtungen verſprochen, zwar nicht alle mit einander, aber doch die eine oder die andere (duo sunt in obligatione) und hat wohl auch hier in der Regel der Verpflichtete die Wahl[19], ſo kann dieſe doch immerhin auch dem Berechtigten zuſtehen[20]. Bei der alternativen Ermächtigung dagegen iſt nur die eine Leiſtung in obligatione und die andere in solutione (una in petitione duo in solutione), daher der Verpflichtete in dieſem Falle weſentlich und ausnahmslos das Wahlrecht hat[21]. Während bei der alternativen Verbindlichkeit, da alle Leiſtungen wenn auch nicht vereint doch alternativ geſchuldet werden, der Kläger, wenn wie dieſes

17) Dieſe Fälle kommen nicht bloß im Obligationsrecht vor (z. B. bei der Verletzung über die Hälfte §. 934 a. b. G. B.), ſondern auch im Sachenrecht, nemlich beim Pfandrecht, indem der dritte Beſitzer, der mit der hypothekariſchen Klage belangt wird, nur verpflichtet iſt die Sache zu dimittiren, ſich aber hiervon dadurch befreien kann, daß er die Schuld wofür die Sache verpfändet iſt bezahlt.

18) Vgl. hierüber Schweppe I §. 146 Nr. 8, Wächter II S. 198—200.

19) l. 10 §. 6 D. solut. matrim. (23, 3) — nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est utram praestet. §. 906 a. b. G. B.

20) Dann nemlich wenn durch Feſtſetzung der Parteien dem Berechtigten die Wahl überlaſſen wurde (l. 10 §. 6 cit. §. 907 a. b. G. B.) oder wenn ſie dem Berechtigten zufolge der Natur des abgeſchloſſenen Geſchäfts zuſteht wie z. B. bei der Hinzufügung einer lex commissaria (l. 2 l. 4 §. 2 D. h. t. 18, 3) oder im Fall des §. 1085 a. b. G. B. Nach römiſchem Recht ſteht auch dem Legatar in der Regel das Wahlrecht zu (l. 34 §. 14 D. de leg. I), nach öſterr. Recht jedoch dem Erben (§. 656 a. b. G. B.).

21) Würde der Verpflichtete dem Berechtigten das Wahlrecht einräumen, ſo ginge hiermit die alternative Ermächtigung in eine alternative Verbindlichkeit über; vgl. Wächter Note 6.

die Regel iſt der Schuldner die Wahl hat, auf alle Leiſtungen alternativ klagen muß und die Verurtheilung auf alle Leiſtungen alternativ zu erfolgen hat, kann bei der alternativen Ermächtigung bloß auf die eine ſchuldige Leiſtung geklagt und bloß auf ſie verurtheilt werden[22]. Geht bei der alternativen Ermächtigung der allein geſchuldete Gegenſtand durch Zufall zu Grunde, ſo wird der Verpflichtete hierdurch von jeder Verbindlichkeit befreit[23]. Bei der alternativen Obligatio dagegen erliſcht die Obligatio durch den caſuellen Untergang der einen geſchuldeten Sache nicht, ſondern ſie verwandelt ſich aus einer obligatio alternativa in eine obligatio simplex[24]. Nach öſterreichiſchem Recht beſteht dieſer letztere Unterſchied freilich nicht in voller Schärfe, da das öſterreichiſche Geſetzbuch (§. 907) in nicht zu billigender Weiſe die Beſtimmung getroffen hat, daß im Falle des caſuellen Untergangs eines der mehrern Wahlſtücke der Wahlberechtigte „an den Vertrag nicht gebunden ſein ſolle“[25].

---

22) Würde der Kläger in einem ſolchen Fall alternativ klagen, ſo iſt die Klage zwar nicht als fehlerhaft zu verwerfen, ſie iſt aber als bloß auf die wirklich geſchuldete Leiſtung geſtellt zu betrachten (vgl. Glück XVII §. 1029 insbeſ. S. 74 fg.); verurtheilen kann der Richter ſtreng genommen nur auf die ſchuldige Leiſtung, doch kann er im Urtheil auch der alternativen Ermächtigung erwähnen, etwa daß der Beklagte die ſchuldige Leiſtung zu verrichten habe falls er nicht lieber vorziehe das in der alternativen Ermächtigung Liegende zu thun. Sollte das Urtheil auch alternativ gefaßt ſein (wie dieß insbeſondere häufig bei Pfandklagen vorkommt: dimitte aut solve), ſo iſt dasſelbe doch nur in dem angegebenen Sinn zu verſtehen; vgl. Glück XVII S. 74 fg., Bangerow III S. 332, Wächter Note 8.

23) Daher wird z. B. der dritte Beſitzer der Pfandſache vollkommen frei, wenn dieſelbe durch Zufall zu Grunde geht.

24) l. 34 §. 6 D. de C. E. (18, 1) l. 10 §. 6 cit. i. f. l. 95 §. 1 D. de solut. (46, 3); vgl. Göſchen Vorleſ. III S. 254, Savigny Obl. R. I S. 397, Bangerow III S. 28.

25) Die Verfaſſer des öſterr. Geſetzbuchs haben ſich in dieſer Beziehung an das preußiſche Landrecht angeſchloſſen, welches die gleiche Beſtimmung getroffen hat (I. 11 §. 35. 27). Hiernach wird die Möglichkeit der Ausübung der Wahl als Bedingung, ſomit der ganze Vertrag als ein bedingter angeſehen (vgl. Koch Recht der Forderungen I S. 36 fg.); ſo ſagt Zeiller III S. 95: „Iſt auch nur eines der Wahlſtücke durch Zufall vernichtet oder beſchädigt worden oder in Verluſt gerathen, ſo fällt in Hinſicht auf den Wahlberechtigten die Bedingung ſeiner Verbindlichkeit, nemlich die freie Wahl weg, die vielleicht eben dieſes Stück getroffen haben würde.“ Daß dieſe Auffaſſung theoretiſch ganz verkehrt ſei, leuchtet von ſelbſt ein: dadurch daß mehrere Leiſtungen alternativ verſprochen ſind, kann der pure abgeſchloſſene Vertrag an ſich nicht zu einem bedingten werden, da die Bedingung die Exiſtenz des Vertrags, die Wahl einer aus den mehreren geſchuldeten Sachen aber nur die Erfüllung des Vertrags betrifft (l. 138 §. 1 D. de V. O. Cum pure stipulatus sum

Nur dann wenn die angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, kann von einem Privatrecht im technischen Sinn die Rede sein. Man pflegt jedoch häufig auch auf dem Gebiet des Privatrechts den Begriff Recht in der weiten unjuristischen Bedeutung zu nehmen, in welcher er jedes Dürfen, jedes Erlaubtsein, jede Fähigkeit zur Vornahme einer Handlung bedeutet und spricht auch in solchen Fällen in ganz unpassender Weise von einem Privatrecht. So spricht man häufig von einem Recht zu gehen, zu fahren, zu reiten, seine Wohnung zu ändern, Waaren hier oder dort zu kaufen, einen Degen zu tragen, ein Testament zu errichten, zu heirathen u. s. f. Diese Darstellung welche sich nicht nur bei den älteren Schriftstellern[26], sondern selbst noch in neueren Werken[27] findet und welche zunächst die Veranlassung zur Unterscheidung der Handlungen in res (actus) merae facultatis (Handlungen bloßer Willkür) und non merae facultatis wurde (vgl. unten §. 68), ist nur geeignet den wahren Standpunkt zu verrücken

---

illud aut illud dari —). Daß es aber auch praktisch ganz unzukömmlich sei, die alternative Obligatio als unter der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen anzusehen, daß vor der Ausübung der Wahl kein Wahlstück zu Grunde gegangen sei, ergibt sich daraus, daß in Folge der Bestimmung des §. 907 a. b. G. B. derjenige, der aus einer Heerde von 500 Schafen 5 ohne nähere Bezeichnung verkauft, durch den zufälligen Untergang eines aus den 500 Schafen berechtigt ist den ganzen Vertrag aufzurufen (vgl. Koch S. 37). — Die Bestimmung des preuß. Landrechts und des österr. Gesetzbuchs dürfte wohl zunächst durch die Erwägung hervorgerufen worden sein, daß es unbillig sei den Schuldner, der zwischen dem schlechteren und dem besseren Stück die Wahl hatte, durch den casuellen Untergang der schlechteren Sache in eine schlimmere Lage zu versetzen: allein für diesen Fall hätte es vollkommen genügt, im Einklang mit den Bestimmungen des gemeinen Rechts, dem Schuldner die facultas alternativa einzuräumen, sich durch die Leistung der aestimatio der zu Grunde gegangenen Sache von seiner Verbindlichkeit zu befreien l. 47 §. 3 D. de leg. I vgl. Wangerow III S. 23. — Übrigens ist es wohl zu beachten, daß die Bestimmung des §. 907 a. b. G. B. sich bloß auf alternative Obligationen ex contractu nicht überhaupt auf alternative Obligationen beziehe; es wird daher z. B. der Erbe, wenn eine von den alternativ legirten Sachen (§. 656 a. b. G. B.) zu Grunde ging, dadurch von der Entrichtung des Legats durchaus nicht frei.

26) Vgl. Rave Principia universae doctrinae de praescriptione etc. (edit. 3. 1790) §. 13, Dabelow Über die Verjährung I (1805) S. 428. II (1807) S. 88, Glück I §. 15, Höpfner §. 400.

27) So bei Unterholzner Juristische Abhandlungen (1840) Nr. III der diese angeblichen Rechte absolute Forderungsrechte nennt (S. 142. 175 fg.), Heise Grundriß S. 16 Note 5, Wening I §. 31, Schilling I §. 16, der Note c von einem Recht spricht, seine körperlichen und geistigen Kräfte auf jede erlaubte Art zu gebrauchen, seine Gedanken durch Rede und Schrift Andern mitzutheilen, Eigenthum zu erwerben, Verträge abzuschließen u. s. f.

und in die Lehre von den Privatrechten Verwirrung zu bringen. Es ist nemlich in den angeführten Fällen ein Privatrecht im technischen Sinn durchaus nicht vorhanden. Jene Handlungen sind nichts anderes als freie Äußerungen, beliebige Ausflüsse der Persönlichkeit[28]; wollte man jede Handlung die der Mensch vornehmen darf als ein concretes Recht auffassen, so hätte man eine unendliche Reihe von Befugnissen aufzuzählen, welche übrigens ohne alles praktische Interesse wären. Dieser Mißbrauch, der mit dem Begriff des Privatrechts im subjectiven Sinn getrieben wird, ist ein Rest der älteren naturrechtlichen Auffassung, welche ihr ganzes System auf den Begriff der subjectiven Rechte und auf das Princip individueller Freiheit bauend die concreten Zustände in eine unendliche Menge abstracter Berechtigungen auflöste und bei jeder von ihnen untersuchte ob und inwiefern dieselbe im Naturrecht gegründet sei oder nicht[29]. Von diesem Standpunkt aus müßte man von einem Recht zu riechen, zu niesen, zu gähnen, auf einem Fuß zu stehen u. s. f. sprechen[30]. Was das

28) Daher finden, wenn Jemand im Gehen, Fischen, im Gebrauch seiner Sachen, im Verkaufen seiner Waaren, im Gebrauch seiner persönlichen Freiheit oder seiner Geisteskräfte gehindert wird, nicht verschiedene Klagen nach einer etwaigen Verschiedenheit des verletzten angeblichen Rechts statt, sondern immer nur die eine actio injuriarum, welche zum Schutz der Persönlichkeit des Verletzten dient; l. 11 §. 9 l. 13 §. 3. 7 l. 15 pr. §. 33 l. 23. 24 D. de injur. (47, 10) l. 25 D. de A. E. V.

29) Diese ältere naturrechtliche Behandlungsweise hat schon Schiller gegeißelt in dem bekannten Distichon:

Jahre lang schon bedien' ich mich meiner Nase zum Riechen
Aber hab' ich an ihr auch ein erweisliches Recht?

30) Es soll hier übrigens die praktische und politische Bedeutung, welche das ältere Naturrecht in dieser Beziehung hatte, ebensowenig verkannt werden als die große Mission überhaupt, welche das Naturrecht zu erfüllen hatte und welche es redlich erfüllt hat (vgl. Schletter's Jahrbücher I S. 357). In einer Zeit in der man sich für jede spontane Äußerung der Persönlichkeit erst einen polizeilichen Erlaubnißschein lösen mußte, wo man mit jeder freieren Regung Gefahr lief an eine fiskalische Barriere oder an ein gutsherrliches Recht anzustoßen, wo Kleiderordnungen vorschrieben welchen Rock der Handwerker, welchen der Rathsherr tragen dürfe, wo das Zunftwesen und die Monopolienwirthschaft in voller Blüthe stand und die Bannrechte die natürliche Freiheit zu handeln, seine Waaren da oder dort zu kaufen und gewerbliche Verträge beliebig abzuschließen nach allen Richtungen hin beschränkten, in einer solchen Zeit war es von der größten Bedeutung die natürliche Freiheit zu handeln in eine Menge angeborener dem Menschen von Natur aus zustehender Rechte aufzulösen und auf diese Weise allmälig an die Stelle engherziger Beschränkung das Princip der freien Bewegung und der ungehinderten Entfaltung der Kräfte zu setzen. Für unsere Zeit in deren Schooß die reife Frucht fiel ist es

Recht zu heirathen, zu testiren, einen Vertrag abzuschließen u. s. f. betrifft, so ist auch hierbei nicht von einem Recht im technischen Sinn die Rede, sondern es handelt sich hierbei lediglich um die rechtliche Fähigkeit einen Act vorzunehmen, der bestimmte juristische Wirkungen haben soll; so kann z. B. Jedermann ein Testament d. h. eine Erklärung seines letzten Willens niederschreiben, es ist aber eine andere Frage ob diese Erklärung eine rechtliche Wirkung hat oder nicht[31]. — Jene ältere Auffassungsweise ist auch in das österreichische Gesetzbuch übergegangen: auch das a. b. G. B. spricht von einem Recht zu gehen, zu kaufen u. s. f. und kennt Handlungen der bloßen Willkür (§. 1459)[32]. Eine interessante Wirkung dieser Auffassung zeigt sich im §. 1479 a. b. G. B., wo in dem Ausdruck „Rechte gegen Dritte" der Zusatz „gegen Dritte" die Bedeutung hat hervorzuheben, daß es sich hier nicht auch um jene (angeblichen) Rechte handle, welche zu Handlungen berechtigen, die in die Kategorie des actus merae facultatis gehören[33]. Unsere Schriftsteller (z. B. Winiwarter V S. 156. 157) versichern uns daher allen Ernstes, daß z. B. das Recht einen Orden zu tragen, das Recht auf Titel und Auszeichnungen weder durch Ersitzung erworben werde noch durch Verjährung verloren gehe[34].

überflüssig geworden in jener Weise vorzugehen; heutzutage muß vielmehr das Privatrecht vom öffentlichen Recht scharf getrennt und erkannt werden, daß auf dem Gebiet des Privatrechts von einem Recht zu gehen, Waffen zu tragen u. s. f. nicht gesprochen werden könne. — Den Niederschlag jener älteren naturrechtlichen Theorie enthält das bürg. Gesetzb. in den §§. 16. 17.

31) Daher kommt es, daß die Schriftsteller, welche solche rechtliche Fähigkeiten als eigene Privatrechte aufstellen, in Verlegenheit sind anzugeben worin diese Rechte bestehen sollen, worauf sie gerichtet seien, was ihr Gegenstand sei (vgl. den folgenden § Note 8). Daß das Niederschreiben des Testaments nicht den Inhalt und Gegenstand des Rechts zu testiren bilde, ja daß es selbst darin nicht bestehe von Andern fordern zu können uns im Errichten des Testaments nicht zu hindern, beweist die Erwägung, daß auch jener, der nicht die Fähigkeit zu testiren hat, ein Testament errichten und von allen Andern fordern könne in dem Niederschreiben desselben nicht gehindert zu werden.

32) Vgl. Zeiller IV S. 201 und f. zu diesem §. 1459 a. b. G. B. auch Höpfner S. 447, Glück I S. 114.

33) Zeiller IV S. 284 bemerkt zu diesem § „Im Grunde sind alle unsere Rechte immer Rechte gegen einen Dritten, immer müssen sie ihrem Begriff nach auf andere Menschen bezogen werden" — „darum unterliegen auch jene Handlungen, welche sich bloß auf unsere Person und unser Vermögen einschränken, keiner Verjährung, weil sie in dieser Beziehung nicht als Rechte gedacht werden können" — „also alle eigentlichen Rechte werden in der Regel längstens in 30 Jahren verjährt."

34) Die ältere Schule vgl. z. B. Höpfner §. 400 Note 3, Glück I S. 115

II. Gegenstand, Inhalt und Umfang der Wirksamkeit der Privatrechte.

§. 59. I. Der Ausdruck Gegenstand des Rechtes wird, bei der Vieldeutigkeit die das Wort Gegenstand überhaupt besitzt, zur Bezeichnung mancher wesentlich verschiedener Beziehungen gebraucht. Der Umstand, daß man diesen Ausdruck bald in dieser bald in jener Bedeutung gebraucht und daß man sich hier über eine feste Terminologie nicht hat einigen können, hat manche nicht unbedeutende Irrthümer zur Folge gehabt.

Das subjective Privatrecht ist eine Macht, welche ein Wille über andere Willen hat: durch das Recht welches uns zusteht ist der Wille anderer Personen unserm Willen unterworfen. Insofern nun jede Herrschaft ein Beherrschendes und ein Beherrschtes voraussetzt und das Beherrschte als das Object der Herrschaft Gegenstand derselben genannt wird, kann man sagen, der allgemeine Gegenstand jedes Rechtes sei der Wille dritter Personen.

Der Ausdruck Gegenstand bezeichnet aber auch häufig dasjenige, worauf etwas gerichtet ist; so spricht man von einem Gegenstand worauf die Vorstellung, das Denken gerichtet ist, von einem Gegenstand des Bewußtseins und in gleicher Weise von einem Gegenstand, worauf unser Recht gerichtet ist. In diesem Sinn ist das Erbrecht auf die Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit eines Verstorbenen gerichtet, also der Gegenstand des Erbrechts die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, welche durch den Erben repräsentirt wird; in diesem Sinn ist das Forderungsrecht auf eine Handlung (Leistung) des Schuldners gerichtet, also die bestimmte Leistung Gegenstand der Obligatio; so sagt man selbst der Gegenstand des dinglichen Rechtes sei die totale oder partielle Herrschaft über eine körperliche Sache. In diesem Sinn bedeutet Gegenstand dasjenige was man vermittelst des Rechtes vermag, was man in

---

hielt es für nöthig den „sehr fruchtbaren Satz" beizufügen, daß „wenn uns ein Recht unstreitig zusteht alle einzelnen Ausflüsse dieses Rechts actus merae facultatis seien." Dieser Satz, von dessen Einfluß sich im §. 1459 a. b. G. B. Spuren finden, hängt mit der schon von Puchta Institut. I S. 43 gerügten Manier der älteren Doctrin zusammen, „die Rechte in ihre Befugnisse zu zersplittern und darüber den Begriff des Rechts selbst hintanzusetzen" wovon sich im §. 855 und §. 862 a. b. G. B. und insbes. im §. 44 a. b. G. B. Beispiele finden.

Folge seines Rechtes vornehmen und von Andern fordern kann, d. h. in diesen Fällen bedeutet Gegenstand dasjenige was man sonst mit dem Ausdruck Inhalt bezeichnet[1]. Es wird hier somit Gegenstand für Inhalt gesetzt, wie dieß öfter vorkommt[2]; die Handlung ist der Inhalt des Obligationsrechts, die Herrschaft über die körperliche Sache bildet den Inhalt des dinglichen Rechts, die Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen ist der Inhalt des Erbrechts. Diese Verwechslung des Ausdrucks Gegenstand mit dem Ausdruck Inhalt erklärt sich daraus, daß Gegenstand überhaupt Alles bezeichnet was in einer activen Satzbildung das Object, in einer passiven das Subject ist; so dasjenige woran gedacht wird, wovon gesprochen wird, worüber Beschlüsse gefaßt werden, wovon gehandelt wird u. s. w.[3], im vorliegenden Falle dasjenige was mittelst des Rechtes gefordert, geschuldet und vorgenommen wird.

In einer ganz singulären Bedeutung endlich wird der Ausdruck Gegenstand des Rechts gebraucht, um das Substrat zu bezeichnen, woran zunächst und unmittelbar die im Recht begründete und vom Recht geschützte physische Herrschaft sich geltend macht. Hier bedeutet Gegenstand des Rechts die unserer physischen Herrschaft unterwerfbaren Objecte der Sinnenwelt, somit (körperliche) Sachen an welchen der Mensch seine Macht ausübt. Diese Gegenstände des Rechts sind dauernde, selbständige reelle Stücke der Außenwelt; sie bilden das Substrat unserer physischen und rechtlichen Herrschaft und zwar tritt bei dieser Herrschaft gerade diese Beziehung zur Sache zunächst und unmittelbar hervor, während der allgemeine Gegenstand des Rechts, der darin besteht daß fremde Willen unserem Willen unterworfen sind, mehr in den Hintergrund tritt und sich gleichsam nur als die Folge unserer Herrschaft über die Sache die nicht gestört werden darf darstellt. — Einen Gegenstand in diesem Sinne hat außer

1) Wie wenig man sich öfters über die Begriffe Gegenstand und Inhalt des Rechts klar wird, beweist die Darstellung bei Schilling, welcher Institut. I §. 13 die Rechte nach dem Inhalt §. 14 nach dem Gegenstand unterscheidet und den Inhalt der Rechte als „das nächste und unmittelbare Object der Rechte" definirt.

2) So bildet der Gegenstand unserer Vorstellung den Inhalt derselben, der Gegenstand unseres Bewußtseins den Inhalt desselben.

3) In diesem Sinn spricht man statt vom Inhalt vom Gegenstand einer Leistung als demjenigen was man zu leisten hat, was man schuldet; in diesem Sinn sagt man die Eltern seien Gegenstand der Ehrfurcht, die Kinder Gegenstand aufopfernder Liebe u. s. f.

dem dinglichen Recht gar kein anderes Recht: bei keinem derſelben exiſtirt ein ſolches von dem Willen dritter Perſonen unterſchiedliches ſelbſtändiges Subſtrat, woran ſich unſere Macht und Herrſchaft geltend machen könnte[4].

So wie der Ausdruck Gegenſtand des Rechts keine feſtſtehende Bedeutung hat, ſo iſt dies auch mit dem Ausdruck Rechtsobject der Fall. Manche Schriftſteller brauchen den Ausdruck Rechtsobject bloß für (körperliche) Sachen[5], in der Regel aber wird dieſer Ausdruck gebraucht, um ſowohl die (körperlichen) Sachen, welche das Subſtrat unſerer phyſiſchen und rechtlichen Herrſchaft ſind, als die Handlungen (Leiſtungen, unkörperliche Rechtsgegenſtände) zu begreifen[6], welche wir kraft unſeres Rechtes von Andern fordern dürfen[7].

Aus dem Geſagten ergibt ſich von ſelbſt, daß die Kategorie Gegenſtand durchaus nicht dazu geeignet ſei, als Eintheilungsgrund der Privatrechte zu dienen. Denn inſofern der Ausdruck Gegenſtand in dem allgemeinen Sinn genommen wird, in welchem er die Unterwerfung des fremden Willens unter den Willen des Berechtigten bedeutet,

---

4) Man kann daher obgleich dieß häufig geſchieht (vgl. z. B. Göſchen Vorleſ. I S. 360, Wächter II S. 204) nicht ſagen, beim Obligationenrecht ſei der unmittelbare Gegenſtand des Rechts die Handlung, beim dinglichen Recht die Sache. Die Handlung läßt ſich nemlich mit der Sache nicht in eine Linie ſtellen, da ſie kein reell exiſtirendes Subſtrat iſt, woran eine Macht oder Herrſchaft ausgeübt werden könnte. Beim dinglichen Recht iſt die Sache Subſtrat (Gegenſtand in dieſem Sinn) des Rechts, der uns unterworfene Wille dritter Perſonen der allgemeine Gegenſtand des Rechts, die Herrſchaft über die Sache der Inhalt des Rechts. Beim Obligationenrecht exiſtirt gar kein Subſtrat des Rechts, die Handlung iſt nur in dem Sinn Gegenſtand des Rechts als Gegenſtand für Inhalt des Rechts geſetzt wird, der allgemeine Gegenſtand des Rechts aber beſteht hier in der Unterwerfung des Willens des Schuldners unter den Willen des Gläubigers.

5) So z. B. Arndts Pandekt. 3. Capit.

6) Hieraus ergibt ſich aber auch, daß, wenn man im allgemeinen Theil wie von den Sachen ſo von den Leiſtungen als Rechtsobjecten handeln will, nur davon geſprochen werden kann, daß die Leiſtung erlaubt phyſiſch und juriſtiſch möglich ſein müſſe (vgl. vorhergeh. §), und daß es ganz unſyſtematiſch iſt im allgemeinen Theil unter der Rubrik „unkörperliche Rechtsgegenſtände“ nicht nur von „dem Begriff und den Arten der Leiſtung,“ ſondern auch von den Erforderniſſen der Willensäußerung, der Willensfähigkeit, Willensfreiheit u. ſ. f. zu handeln (wie dieß z. B. Böcking I S. 290 fg. thut), da dieſe Momente für die Handlung als Gegenſtand des Rechts von Bedeutung ſind.

7) In einem noch weitern Sinn kann man den Ausdruck Rechtsobject vom Standpunkt des reinen römiſchen Rechts gebrauchen; vgl. Scheurl Inſtitut. 2. Aufl. §. 44 fg.

Folge seines Rechtes vornehmen und von Andern
in diesen Fällen bedeutet Gegenstand dasjenig
dem Ausdruck Inhalt bezeichnet[1]. Es wird h
für Inhalt gesetzt, wie dieß öfter vorkommt[2];
Inhalt des Obligationsrechts, die Herrschaf
Sache bildet den Inhalt des dinglichen Rech
der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des
halt des Erbrechts. Diese Verwechslung d
mit dem Ausdruck Inhalt erklärt sich daraus
haupt Alles bezeichnet was in einer activen
in einer passiven das Subject ist; so das
wovon gesprochen wird, worüber Besch
gehandelt wird u. s. w.[3], im vorliegen
telst des Rechtes gefordert, geschuldet u.

In einer ganz singulären Bedeut
Gegenstand des Rechts gebraucht, u
woran zunächst und unmittelbar die
Recht geschützte physische Herrschaft
Gegenstand des Rechts die unser
baren Objecte der Sinnenwelt,
chen der Mensch seine Macht au
sind dauernde, selbständige re
das Substrat unserer physische
tritt bei dieser Herrschaft ge
und unmittelbar hervor, w
Rechts, der darin besteht d
worfen sind, mehr in den
als die Folge unserer Herr
den darf darstellt. — Ein

1) Wie wenig m
Rechts klar wird, be
die Rechte nach d
Inhalt der Rechte
2) So bil
Gegenso

[redacted]stand als Substrat des dinglichen
[redacted] sei und daß nicht der Gegenstand
[redacted]gsgrund der subjectiven Rechte ab-
[redacted]ist allgemein anerkannt[12].

[redacted]es bilden die einzelnen Befugnisse,
[redacted]: der Inhalt des Rechts ist dasjenige
[redacted]usteht, was wir vermöge des Rechtes
[redacted]edenheit des Inhalts sind die einzelnen
[redacted]. B. der Inhalt des persönlichen Rechts
[redacted]ubiger von dem Schuldner fordern kann;
[redacted]Rechts ist die Herrschaft über eine Sache
[redacted]dieser Herrschaft sind wieder die dinglichen
[redacted]rschieden, obgleich sie alle denselben unmit-
[redacted]asselbe Substrat), eine (körperliche) Sache
[redacted]auf den Inhalt theilt man die Rechte in a f-
[redacted]utive und versteht in der Regel[13] unter affir-
[redacted]durch welche der Berechtigte zu einer positiven
[redacted]ird, unter negativen Rechten jene durch welche
[redacted]ugt wird etwas zu unterlassen, was er abgesehen
[redacted]thun müßte.

[redacted]chte des Betheiligten kann die negative Verpflichtung
[redacted]gegenüberstehen dieses Recht anzuerkennen, es gelten
[redacted]den Berechtigten in der Ausübung desselben nicht zu
[redacted]lesem Falle entspricht dem Rechte eine allgemeine Ver-

[redacted]echte an Sachen, 3) Rechte an Handlungen, 4) Rechte an fremden
[redacted] Rechte an einer in uns übergegangenen Person.
[redacted]der That liegt die Verschiedenheit zwischen dem ehelichen Recht und
[redacted]tio nicht darin daß jenes eine Person, diese eine Handlung zum Gegen-
[redacted], die Verschiedenheit zwischen dem ehelichen Recht und dem Erbrecht nicht
[redacted]ß dieses eine in uns übergegangene Person, jenes dagegen eine außer uns
[redacted] Person zum Gegenstand hat.
[redacted]Vgl. Sintenis in der §. 24 angef. Schrift und prakt. Civilr. I §. 44,
[redacted] Rechtsphilos[redacted]296 fg. und nunmehr auch Scheurl in der 2. Aufl.
[redacted] Institution[redacted]orrede S. VI und §. 41—45.
[redacted]) In dies[redacted]t man auch von affirmativen und negativen Privi-
[redacted]. Hin[redacted] Schilling I §. 45 II §. 90) theilt man die Rechte
[redacted]em Ge[redacted]affirmative und negative, je nachdem der Verpflich-
[redacted]zu ein[redacted]ung oder zu einem Unterlassen verbunden ist; gegen
[redacted] Ei[redacted]B. das Eigenthumsrecht als ein negatives Recht er-
[redacted]hter II §. 35 Note 4; diese Eintheilung findet sich bei-
[redacted]ginalrubrik zu §. 343 a. b. G. B.

fehlt es an dem Unterscheidungsmerkmale für die einzelnen Rechte; einen Gegenstand als selbständiges reelles Substrat der rechtlichen Herrschaft gibt es nur bei den dinglichen Rechten; in dem Sinn aber, in welchem Gegenstand dasjenige bedeutet worauf das Recht gerichtet ist, ist der Ausdruck Gegenstand gleichbedeutend mit Inhalt des Rechts und es ist somit vielmehr die Kategorie Inhalt, welche zum Eintheilungsgrund der Rechte im subjectiven Sinn zu dienen hat. Dennoch hat man insbesondere in früherer Zeit die Privatrechte nach dem Gegenstande unterscheiden wollen und hat hierbei selbst in einem und demselben Eintheilungsschema den Ausdruck Gegenstand bald in dieser bald in jener Bedeutung genommen[8]. In neuester Zeit hat Puchta die Kategorie Gegenstand in consequenterer Weise durchzuführen gesucht[9], indem er wie bei den dinglichen Rechten, bei denen allerdings ein Recht an einem Gegenstand (an der Sache) vorhanden ist, bei allen Rechten einen Gegenstand an welchem das Recht stattfinden soll, woran die Herrschaft ausgeübt werde, aufzustellen versucht hat[10]. Allein daß diese Eintheilung, welche von einer irrigen

---

8) So theilt Heise Grundriß S. 16 Note 5 die Rechte nach dem Gegenstand (worunter „nicht die Befugniß welche dessen Inhalt ausmacht, sondern die Personen oder Sachen zu verstehen sind, gegen welche die Befugniß gerichtet ist") in Rechte, „die 1) gar keinen individuellen Gegenstand haben wie das Beneficium der Minderjährigen, das Recht zu heirathen, ein Testament zu machen u. s. w., 2) die gegen eine Sache, 3) die gegen eine Person gerichtet sind und diese können wiederum entweder a) auf einzelne Leistungen oder b) auf allgemeine Unterordnung einer Person unter die andere gehen." Diese Eintheilung der Rechte nach dem Gegenstand (wobei Heise übrigens trotz seiner Verwahrung wenigstens bei Nr. 3 lit. a und b Gegenstand mit Inhalt verwechselt) in solche, welche einen individuellen Gegenstand haben und solche welche keinen haben, erinnert lebhaft an die bekannte Eintheilung der offenen Städte in Städte die offen sind und die es nicht sind. Was es mit jener Classe angeblicher Rechte, welche keinen individuellen Gegenstand haben, für eine Bewandtniß habe (vgl. vorherg. § Note 34), beweist die bei Heise selbst unmittelbar folgende Bemerkung, daß „sich die in die 1. Classe gehörigen Rechte nicht füglich in einer eigenen Zusammenstellung behandeln lassen." Heise's Eintheilung sind Wening I §. 34 und Fritz Erläuter. I S. 55 gefolgt; auch Göschen I §. 125 und Schilling I § 46 II §. 89 theilen die Rechte nach dem Gegenstand ein.

9) Zu dieser Eintheilung bahnt sich Puchta schon durch seine irrige Definition des Rechtsverhältnisses als „der Unterwerfung eines Gegenstandes unter einen rechtlichen Willen, welche Unterwerfung ein Recht an dem Gegenstand gewähre" den glatten Weg. Dieser Irrthum hängt mit dem andern Irrthum Puchta's das System des Privatrechts als ein System der Privatrechte aufzufassen (s. oben §. 24) aufs engste zusammen.

10) So theilt Puchta die Rechte bekanntlich ein in 1) Rechte an der eigenen

Generalisirung des Begriffs Gegenstand als Substrat des dinglichen Rechts ausgeht, innerlich unhaltbar sei und daß nicht der Gegenstand sondern der Inhalt den Eintheilungsgrund der subjectiven Rechte abgeben müsse [11], wird heutzutage fast allgemein anerkannt [12].

II. Den Inhalt des Rechtes bilden die einzelnen Befugnisse, welche uns das Recht gewährt; der Inhalt des Rechts ist dasjenige was uns vermöge des Rechts zusteht, was wir vermöge des Rechtes dürfen. Nach dieser Verschiedenheit des Inhalts sind die einzelnen Rechte verschieden. So ist z. B. der Inhalt des persönlichen Rechts die Leistung welche der Gläubiger von dem Schuldner fordern kann; der Inhalt des dinglichen Rechts ist die Herrschaft über eine Sache und nach Verschiedenheit dieser Herrschaft sind wieder die dinglichen Rechte unter einander verschieden, obgleich sie alle denselben unmittelbaren Gegenstand (dasselbe Substrat), eine (körperliche) Sache haben. In Beziehung auf den Inhalt theilt man die Rechte in affirmative und negative und versteht in der Regel [13] unter affirmativen Rechten jene durch welche der Berechtigte zu einer positiven Handlung befugt wird, unter negativen Rechten jene durch welche der Berechtigte befugt wird etwas zu unterlassen, was er abgesehen von seinem Rechte thun müßte.

III. Dem Rechte des Betheiligten kann die negative Verpflichtung aller Übrigen gegenüberstehen dieses Recht anzuerkennen, es gelten zu lassen und den Berechtigten in der Ausübung desselben nicht zu stören; in diesem Falle entspricht dem Rechte eine allgemeine Ver-

Person, 2) Rechte an Sachen, 3) Rechte an Handlungen, 4) Rechte an fremden Personen, 5) Rechte an einer in uns übergegangenen Person.

11) In der That liegt die Verschiedenheit zwischen dem ehelichen Recht und der Obligatio nicht darin daß jenes eine Person, diese eine Handlung zum Gegenstand hat, die Verschiedenheit zwischen dem ehelichen Recht und dem Erbrecht nicht darin daß dieses eine in uns übergegangene Person, jenes dagegen eine außer uns stehende Person zum Gegenstand hat.

12) Vgl. Sintenis in der §. 24 angef. Schrift und prakt. Civilr. I §. 41, Stahl Rechtsphilos. II S. 296 fg. und nunmehr auch Scheurl in der 2. Aufl. seiner Institutionen (1855) Vorrede S. VI und §. 41—45.

13) In diesem Sinn spricht man auch von affirmativen und negativen Privilegien. Hin und wieder (z. B. Schilling I §. 15 II §. 90) theilt man die Rechte von dem Gesichtspunkt aus in affirmative und negative, je nachdem der Verpflichtete zu einer positiven Handlung oder zu einem Unterlassen verbunden ist; gegen diese Eintheilung wonach z. B. das Eigenthumsrecht als ein negatives Recht erscheint s. mit Recht Wächter II §. 35 Note 1; diese Eintheilung findet sich beiläufig auch in der Marginalrubrik zu §. 343 a. d. G. B.

pflichtung der Übrigen, welche in einem Nichtthun oder Leiden besteht. Ein Recht, dem diese negative Verpflichtung aller dritten Personen entspricht und welches daher gegen alle wirksam ist und gegen jeden, der dasselbe nicht anerkennt oder verletzt, verfolgt werden kann, heißt ein absolutes Recht. Steht dem Rechte des Berechtigten die Verpflichtung einer bestimmten Person gegenüber, welche in einem besondern Thun oder Unterlassen besteht, so heißt dieses nur gegen eine bestimmte Person wirksame Recht ein relatives.

Dreizehntes Capitel.

Haupt-Arten und Verschiedenheiten der Privatrechte.

I. Die angeblichen Personenrechte.

§. 60. Die ältere Doctrin[1] und ebenso viele neuere Schriftsteller[2] theilen die Privatrechte „nach ihren möglichen Gegenständen" im Allgemeinen in Personen- und Vermögensrechte ein. Unter Personenrechten (Status-Zustandsrechten) verstehen diese Schriftsteller sowohl jene Rechte, welche der Person eben weil sie Person ist zustehen, als jene Rechte, welche der Person wegen ihrer besondern Stellung und zufolge gewisser Qualitäten (z. B. als Bürger, als Familienglied) zukommen. Diese Personenrechte unterscheidet man dann gewöhnlich wieder in absolute Personenrechte (Personen-Statusrechte im engern Sinn) und relative Personenrechte (Familienrechte) und versteht unter letzteren jene Rechte, welche aus den Familienverhältnissen entspringen, also die Rechte, welche der Person deßhalb und in so fern zukommen, weil und insofern sie Familenglied ist. Auch pflegt man die Personenrechte öfters in reine und angewandte zu unterscheiden, je nachdem die aus der Persönlichkeit oder einer bestimmten Qualität der Person entspringenden Rechte vermögensrechtlicher Natur sind oder nicht. In der spezifischen Charakteri-

1) Vgl. Höpfner §. 60, Glück II §. 111, Schmidt Lehrbuch von den gerichtlichen Klagen und Einreden (9. Ausg. 1845) §. 32, Feuerbach Civilist. Versuche (1803) S. 173 fg.

2) z. B. Schilling I §. 16 II §§. 1. 4. 89, Mühlenbruch I §. 78, Wächter II §. 45, Bluntschli I §. 13 fg. u. A.

stirung dieser Rechte weichen jedoch die Schriftsteller unter einander ab, indem Manche diesen Rechten den „individuellen Gegenstand" absprechen, während Andere als den Gegenstand dieser Rechte die Person (sowohl die eigene als die fremde) angeben, und Andere endlich als den unmittelbaren besondern Gegenstand dieser Rechte „die betreffende Stellung der Person und den Inhalt der einzelnen Handlungen zu denen die Person durch sie befugt wird" anführen.

Diese Eintheilung findet sich auch im bürgerlichen Gesetzbuch. Auch nach österreichischem Recht sind die Privatrechte im Allgemeinen in Personen- und Vermögensrechte einzutheilen[3]. Als Personenrechte werden jene angegeben (§. 15 a. b. G. B.) „welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen (die s. g. absoluten Personenrechte) und jene welche sich in dem Familienverhältniß gründen" (die s. g. relativen Personenrechte). Als absolute Personenrechte werden angeführt 1) die Rechte „aus dem Charakter der Persönlichkeit" (§. 16—20); 2) die Rechte „aus der Eigenschaft des Alters oder mangelnden Verstandesgebrauchs" (§. 21—23); 3) die Rechte „aus dem Verhältniß der Abwesenheit" (§§. 24. 25); 4) die Rechte „aus dem Verhältniß einer moralischen Person" (§§. 26. 27); 5) die Rechte „aus dem Verhältniß eines Staatsbürgers" (§. 28—38); 6) die „Personenrechte aus dem Religionsverhältniß."

Bei näherer Erwägung dürfte es sich jedoch ergeben, daß diese Annahme von s. g. Personenrechten, welche mit den Vermögensrechten auf eine Linie gestellt werden, unhaltbar sei und daß es jener altherkömmlichen Eintheilung an allem festen Boden mangle. Was zunächst die Rechte betrifft, welche aus der Persönlichkeit entspringen sollen, so gibt es entweder gar keine solche oder alle Rechte ohne Ausnahme gehören hierher. Die Persönlichkeit ist nemlich die Voraussetzung alles Rechts, das Element welches jedes Privatrecht durchzieht und in jedem enthalten ist; sie ist nichts anderes als die Rechtsfähigkeit, als die Möglichkeit Rechte zu haben[4]: es ist aber kein Privat-

3) Vgl. auch Zeiller Natürl. Privatr. §. 44; am Schlusse dieses Paragraphen heißt es: „Alle Rechte der Menschen haben a) eine Person (die eigene oder fremde) oder b) Sachen zum Gegenstand und heißen in dieser Beziehung Personen- und Sachenrechte" und hierzu wird in der Note *** bemerkt, „der unmittelbare Gegenstand des Rechts sind immer nur Handlungen, die sich aber auf einen der hier angeführten Gegenstände zunächst beziehen."

4) Vgl. Savigny I S. 334 fg., Böcking I §. 99 Note 3. — Dieß zeigt

recht der Person rechtsfähig zu sein, es ist kein Privatrecht Person zu sein[5]. Auch um Eigenthümer zu sein, um erben zu können, um Forderungsrechte zu haben muß man Person sein, Persönlichkeit besitzen und in so fern wären daher auch Eigenthum, Servituten, Forderungen aus der Persönlichkeit entspringende Rechte, Personenrechte[6]. Die ältere Doctrin beschränkte daher die Personenrechte auf die s. g. angeborenen Rechte d. h. Rechte welche der Mensch auf sich selbst habe, welche mit seiner Geburt entstünden und unveräußerlich seien[7]. Über diese Rechte (s. g. Urrechte[8]), welche „angeboren und schon durch die Vernunft einleuchtend" (§. 16 a. b. G. B.) sein sollten, konnte man sich freilich niemals einigen; in der Regel zählte man die Unverletz-

sich deutlich darin daß die actio injuriarum, welche recht eigentlich zum Schutz der Persönlichkeit des Verletzten dient, wegen jedes wie immer gearteten Eingriffs in das fremde Rechtsgebiet angestellt werden kann (Puchta Pandekt. §. 387), weil in jeder Rechtsverletzung ein Angriff auf die Persönlichkeit liegt.

5) Puchta hat bekanntlich Rechte an der eigenen Person statuirt, welche „die Persönlichkeit, die Rechtsfähigkeit des Berechtigten zum Gegenstand haben;" allein mit Recht haben sich die meisten Schriftsteller gegen Puchta erklärt, so Savigny I S. 337 Note a, Schröter in den krit. Jahrb. 1840 S. 294, Arndts in den krit. Jahrb. 1848 S. 298 fg., Wächter II §. 45 Note 2, Sintenis in der oben §. 24 Note 3 angef. Abhandl. S. 44 und nunmehr auch Scheurl in der 2. Aufl. s. Institut. (1855) §. 41 Anm. (Gerber System §. 34 Note 1 ist m. W. gegenwärtig der einzige Schriftsteller der Puchta's Ansicht huldigt.) In der That beruht Puchta's Argumentation (Institut. I S. 30 II S. 393 fg.), wonach bei diesen Rechten das Subject zu seinem eigenen Object werden soll, auf einer ungerechtfertigten Übertragung der auf philisophischem Gebiet zulässigen Subject-Objectivirung auf das Rechtsgebiet.

6) Dieß fühlt auch Glück II S. 57 deutlich und beschränkt daher den Begriff „Zustand des Menschen" auf „eine in dem Subject des Menschen beruhende Eigenschaft woraus Rechte entspringen" und definirt (S. 56) das Personenrecht als „den Inbegriff von Rechten, welche in dem verschiedenen Zustand der Menschen ihren Grund haben."

7) Über diese angeborenen Rechte vgl. Zeiller Natürl. Privatr. §. 39—55 und Schilling I §. 14. Als ein angebornes Recht führte man auch häufig die Fähigkeit auf, die im Gegensatz zu den angebornen Rechten s. g. erwerblichen Rechte zu erwerben; vgl. §. 17 a. b. G. B. und Zeiller I S. 108. Allein es gibt kein Privatrecht Rechte zu erwerben: es existirt nur eine vom Recht anerkannte Fähigkeit hierzu.

8) Stahl II S. 286 fg. hat treffend bemerkt, daß die deutsche Naturrechtstheorie die beiden Gegensätze Urrechte und wirkliche Rechte, angeborne und erwerbliche Rechte verwechselt hat und daß sie dem Urrecht statt des vorhandenen (ungenügenden) Rechtszustandes die erwerblichen Rechte entgegenstellte, wodurch dieser ganzen Theorie die eigentliche Spitze abgebrochen wurde. Diese Verwechslung fand sich auch stets bei den österreichischen Naturrechtslehrern und findet sich im bürgerl. Gesetzb. §. 16 fg.

lichkeit des menschlichen Leibes und Lebens, der Freiheit und Ehre so wie die Befugniß zur freien Äußerung der Persönlichkeit hierher, „das Recht zu allen Handlungen bei denen ein geselliger Zustand gleichmäßig freihandelnder Wesen stattfinden könne," „das Recht zu Handlungen wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden" (§. 317 a. b. G. B.) wie etwa das Recht zu gehen, zu fahren, seine geistigen und körperlichen Kräfte frei zu gebrauchen[9] u. s. f. Allein es sind wie Savigny treffend bemerkt hat[10], die zum Schutz der Unverletzlichkeit der Person[11] dienenden Rechtsinstitute rein positiver Natur

9) Als ein angeborenes Recht führt man daher z. B. auch das Occupationsrecht auf (Zeiller I S. 107. 109); daher kommt es, daß das bürgerliche Gesetzbuch in seinem aus der älteren Doctrin überkommenen Bestreben überall einen titulus und modus acquirendi zu unterscheiden als den Titel bei der Erwerbung des Eigenthums durch occupatio die „angeborene Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden" (§§. 347. 385) anführt. Was es übrigens mit jener angeborenen Freiheit für eine Bewandtniß habe und daß sie nur ein leerer Schall sei, beweist der Umstand, daß hier Alles davon abhängt, welche Sachen der Staat als „freistehende" erklärt und woran er sich ein „ausschließliches Zueignungsrecht" vorbehalten hat. So z. B. ging vor dem Patent v. 31. März 1853 (R. G. B. Nr. 94) die angeborne Freiheit noch nicht so weit, daß Jedermann sich Salpeter zueignen konnte.

10) Der Irrthum besteht darin daß man die leitenden Principien, die sittlichen Ideen um deren Realisirung es sich handelt, die allgemeinen Forderungen der Vernunft, deren Verwirklichung vom Staat und im Staat verlangt wird, als concrete Privatrechte des Einzelnen darstellt und sie mit den Vermögensrechten auf eine Linie setzt. So ist es gewiß eine vernünftige Forderung, daß Jedermann an Leib und Leben, Ehre und gutem Ruf unverletzt bleibe, eine sittliche Forderung, daß Jedermann als Person und daher als rechtsfähig betrachtet werde: aber es sind dieß eben im Lauf der Zeit sich zur Anerkennung bringende, in verschiedenen positiven Rechtsinstituten sich verwirklichende Ideen, ohne daß man nunmehr von einem concreten Privatrecht des Individuums auf Freiheit, Ehre u. s. f. sprechen könnte. Wenn man sich daher des Ausdrucks bedient, Jedermann habe ein Recht auf Freiheit, auf ungestörten Gebrauch seiner geistigen und körperlichen Kräfte, auf freie Äußerungen seiner Persönlichkeit u. s. f., so bedeutet Recht hier etwas ganz anderes als dasjenige was innerhalb des Privatrechts mit dem Ausdruck Recht belegt wird, nemlich einen Anspruch, dessen Anerkennung und rechtlichen Schutz man im Staat erwartet. Mit Unrecht stellt selbst Stahl noch in den Abschnitt Privatrecht (II 3. Buch) das Recht der Person und handelt in demselben von einem Recht auf Freiheit, Integrität, Ehre u. s. f. von Freiheit und Gleichheit und vom Princip der Humanität. Ebenso ist es gewiß ganz verkehrt, wenn nunmehr Bluntschli Deutsch. Privatr. I §. 46 fg. das Autorrecht als ein Personenrecht darstellt, da es durchaus kein Privatrecht eines Autors ist ein Werk für sich zu behalten oder es zu veröffentlichen.

11) Am eigenen Körper ist kein Recht denkbar; der freie Mensch hat sich nicht selbst im Eigenthum (wie bekanntlich Vangerow in seiner Abhandlung über die Latini Juniani behauptet, eine Ansicht der m. W. kein anderer Schriftsteller beigetreten ist): es gibt kein Privatrecht seine Glieder zu gebrauchen, sich Nägel und

Recht zu heirathen, zu testiren, einen Vertrag abzuschließen u. s. f. betrifft, so ist auch hierbei nicht von einem Recht im technischen Sinn die Rede, sondern es handelt sich hierbei lediglich um die rechtliche Fähigkeit einen Act vorzunehmen, der bestimmte juristische Wirkungen haben soll; so kann z. B. Jedermann ein Testament d. h. eine Erklärung seines letzten Willens niederschreiben, es ist aber eine andere Frage ob diese Erklärung eine rechtliche Wirkung hat oder nicht[31]. — Jene ältere Auffassungsweise ist auch in das österreichische Gesetzbuch übergegangen: auch das a. b. G. B. spricht von einem Recht zu gehen, zu kaufen u. s. f. und kennt Handlungen der bloßen Willkür (§. 1459)[32]. Eine interessante Wirkung dieser Auffassung zeigt sich im §. 1479 a. b. G. B., wo in dem Ausdruck „Rechte gegen Dritte" der Zusatz „gegen Dritte" die Bedeutung hat hervorzuheben, daß es sich hier nicht auch um jene (angeblichen) Rechte handle, welche zu Handlungen berechtigen, die in die Kategorie des actus merae facultatis gehören[33]. Unsere Schriftsteller (z. B. Winiwarter V S. 156. 157) versichern uns daher allen Ernstes, daß z. B. das Recht einen Orden zu tragen, das Recht auf Titel und Auszeichnungen weder durch Ersitzung erworben werde noch durch Verjährung verloren gehe[34].

überflüssig geworden in jener Weise vorzugehen; heutzutage muß vielmehr das Privatrecht vom öffentlichen Recht scharf getrennt und erkannt werden, daß auf dem Gebiet des Privatrechts von einem Recht zu gehen, Waffen zu tragen u. s. f. nicht gesprochen werden könne. — Den Niederschlag jener älteren naturrechtlichen Theorie enthält das bürg. Gesetzb. in den §§. 16. 17.

31) Daher kommt es, daß die Schriftsteller, welche solche rechtliche Fähigkeiten als eigene Privatrechte aufstellen, in Verlegenheit sind anzugeben worin diese Rechte bestehen sollen, worauf sie gerichtet seien, was ihr Gegenstand sei (vgl. den folgenden § Note 8). Daß das Niederschreiben des Testaments nicht den Inhalt und Gegenstand des Rechts zu testiren bilde, ja daß es selbst darin nicht bestehe von Andern fordern zu können uns im Errichten des Testaments nicht zu hindern, beweist die Erwägung, daß auch jener, der nicht die Fähigkeit zu testiren hat, ein Testament errichten und von allen Andern fordern könne in dem Niederschreiben desselben nicht gehindert zu werden.

32) Vgl. Zeiller IV S. 201 und f. zu diesem §. 1459 a. b. G. B. auch Höpfner S. 447, Glück I S. 444.

33) Zeiller IV S. 284 bemerkt zu diesem § „Im Grunde sind alle unsere Rechte immer Rechte gegen einen Dritten, immer müssen sie ihrem Begriff nach auf andere Menschen bezogen werden" — „darum unterliegen auch jene Handlungen, welche sich bloß auf unsere Person und unser Vermögen einschränken, keiner Verjährung, weil sie in dieser Beziehung nicht als Rechte gedacht werden können" — „also alle eigentlichen Rechte werden in der Regel längstens in 30 Jahren verjährt."

34) Die ältere Schule vgl. z. B. Höpfner §. 400 Note 3, Glück I S. 415

II. Gegenstand, Inhalt und Umfang der Wirksamkeit der Privatrechte.

§. 59. I. Der Ausdruck Gegenstand des Rechtes wird, bei der Vieldeutigkeit die das Wort Gegenstand überhaupt besitzt, zur Bezeichnung mancher wesentlich verschiedener Beziehungen gebraucht. Der Umstand, daß man diesen Ausdruck bald in dieser bald in jener Bedeutung gebraucht und daß man sich hier über eine feste Terminologie nicht hat einigen können, hat manche nicht unbedeutende Irrthümer zur Folge gehabt.

Das subjective Privatrecht ist eine Macht, welche ein Wille über andere Willen hat: durch das Recht welches uns zusteht ist der Wille anderer Personen unserm Willen unterworfen. Insofern nun jede Herrschaft ein Beherrschendes und ein Beherrschtes voraussetzt und das Beherrschte als das Object der Herrschaft Gegenstand derselben genannt wird, kann man sagen, der allgemeine Gegenstand jedes Rechtes sei der Wille dritter Personen.

Der Ausdruck Gegenstand bezeichnet aber auch häufig dasjenige, worauf etwas gerichtet ist; so spricht man von einem Gegenstand worauf die Vorstellung, das Denken gerichtet ist, von einem Gegenstand des Bewußtseins und in gleicher Weise von einem Gegenstand, worauf unser Recht gerichtet ist. In diesem Sinn ist das Erbrecht auf die Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit eines Verstorbenen gerichtet, also der Gegenstand des Erbrechts die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, welche durch den Erben repräsentirt wird; in diesem Sinn ist das Forderungsrecht auf eine Handlung (Leistung) des Schuldners gerichtet, also die bestimmte Leistung Gegenstand der Obligatio; so sagt man selbst der Gegenstand des dinglichen Rechtes sei die totale oder partielle Herrschaft über eine körperliche Sache. In diesem Sinn bedeutet Gegenstand dasjenige was man vermittelst des Rechtes vermag, was man in

---

hielt es für nöthig den „sehr fruchtbaren Satz" beizufügen, daß „wenn uns ein Recht unstreitig zusteht alle einzelnen Ausflüsse dieses Rechts actus meae facultatis seien." Dieser Satz, von dessen Einfluß sich im §. 1459 a. b. G. B. Spuren finden, hängt mit der schon von Puchta Institut. I S. 18 gerügten Manier der älteren Doctrin zusammen, „die Rechte in ihre Befugnisse zu zersplittern und darüber den Begriff des Rechts selbst hintanzusetzen" wovon sich im §. 355 und §. 362 a. b. G. B. und insbes. im §. 44 a. b. G. B. Beispiele finden.

Folge seines Rechtes vornehmen und von Andern fordern kann, d. h. in diesen Fällen bedeutet Gegenstand dasjenige was man sonst mit dem Ausdruck Inhalt bezeichnet[1]. Es wird hier somit Gegenstand für Inhalt gesetzt, wie dieß öfter vorkommt[2]; die Handlung ist der Inhalt des Obligationsrechts, die Herrschaft über die körperliche Sache bildet den Inhalt des dinglichen Rechts, die Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen ist der Inhalt des Erbrechts. Diese Verwechslung des Ausdrucks Gegenstand mit dem Ausdruck Inhalt erklärt sich daraus, daß Gegenstand überhaupt Alles bezeichnet was in einer activen Satzbildung das Object, in einer passiven das Subject ist; so dasjenige woran gedacht wird, wovon gesprochen wird, worüber Beschlüsse gefaßt werden, wovon gehandelt wird u. s. w.[3], im vorliegenden Falle dasjenige was mittelst des Rechtes gefordert, geschuldet und vorgenommen wird.

In einer ganz singulären Bedeutung endlich wird der Ausdruck Gegenstand des Rechts gebraucht, um das Substrat zu bezeichnen, woran zunächst und unmittelbar die im Recht begründete und vom Recht geschützte physische Herrschaft sich geltend macht. Hier bedeutet Gegenstand des Rechts die unserer physischen Herrschaft unterwerfbaren Objecte der Sinnenwelt, somit (körperliche) Sachen an welchen der Mensch seine Macht ausübt. Diese Gegenstände des Rechts sind dauernde, selbständige reelle Stücke der Außenwelt; sie bilden das Substrat unserer physischen und rechtlichen Herrschaft und zwar tritt bei dieser Herrschaft gerade diese Beziehung zur Sache zunächst und unmittelbar hervor, während der allgemeine Gegenstand des Rechts, der darin besteht daß fremde Willen unserem Willen unterworfen sind, mehr in den Hintergrund tritt und sich gleichsam nur als die Folge unserer Herrschaft über die Sache die nicht gestört werden darf darstellt. — Einen Gegenstand in diesem Sinne hat außer

1) Wie wenig man sich öfters über die Begriffe Gegenstand und Inhalt des Rechts klar wird, beweist die Darstellung bei Schilling, welcher Institut. I §. 13 die Rechte nach dem Inhalt §. 14 nach dem Gegenstand unterscheidet und den Inhalt der Rechte als „das nächste und unmittelbare Object der Rechte" definirt.

2) So bildet der Gegenstand unserer Vorstellung den Inhalt derselben, der Gegenstand unseres Bewußtseins den Inhalt desselben.

3) In diesem Sinn spricht man statt vom Inhalt vom Gegenstand einer Leistung als demjenigen was man zu leisten hat, was man schuldet; in diesem Sinn sagt man die Eltern seien Gegenstand der Ehrfurcht, die Kinder Gegenstand aufopfernder Liebe u. s. f.

dem dinglichen Recht gar kein anderes Recht: bei keinem derſelben exiſtirt ein ſolches von dem Willen dritter Perſonen unterſchiedliches ſelbſtändiges Subſtrat, woran ſich unſere Macht und Herrſchaft geltend machen könnte[4].

So wie der Ausdruck Gegenſtand des Rechts keine feſtſtehende Bedeutung hat, ſo iſt dies auch mit dem Ausdruck Rechtsobject der Fall. Manche Schriftſteller brauchen den Ausdruck Rechtsobject bloß für (körperliche) Sachen[5], in der Regel aber wird dieſer Ausdruck gebraucht, um ſowohl die (körperlichen) Sachen, welche das Subſtrat unſerer phyſiſchen und rechtlichen Herrſchaft ſind, als die Handlungen (Leiſtungen, unkörperliche Rechtsgegenſtände) zu begreifen[6], welche wir kraft unſeres Rechtes von Andern fordern dürfen[7].

Aus dem Geſagten ergibt ſich von ſelbſt, daß die Kategorie Gegenſtand durchaus nicht dazu geeignet ſei, als Eintheilungsgrund der Privatrechte zu dienen. Denn inſofern der Ausdruck Gegenſtand in dem allgemeinen Sinn genommen wird, in welchem er die Unterwerfung des fremden Willens unter den Willen des Berechtigten bedeutet,

---

4) Man kann daher obgleich dieß häufig geſchieht (vgl. z. B. Göſchen Vorleſ. I S. 360, Wächter II S. 204) nicht ſagen, beim Obligationenrecht ſei der unmittelbare Gegenſtand des Rechts die Handlung, beim dinglichen Recht die Sache. Die Handlung läßt ſich nemlich mit der Sache nicht in eine Linie ſtellen, da ſie kein reell exiſtirendes Subſtrat iſt, woran eine Macht oder Herrſchaft ausgeübt werden könnte. Beim dinglichen Recht iſt die Sache Subſtrat (Gegenſtand in dieſem Sinn) des Rechts, der uns unterworfene Wille dritter Perſonen der allgemeine Gegenſtand des Rechts, die Herrſchaft über die Sache der Inhalt des Rechts. Beim Obligationenrecht exiſtirt gar kein Subſtrat des Rechts, die Handlung iſt nur in dem Sinn Gegenſtand des Rechts als Gegenſtand für Inhalt des Rechts geſetzt wird, der allgemeine Gegenſtand des Rechts aber beſteht hier in der Unterwerfung des Willens des Schuldners unter den Willen des Gläubigers.

5) So z. B. Arndts Pandekt. 3. Capit.

6) Hieraus ergibt ſich aber auch, daß, wenn man im allgemeinen Theil wie von den Sachen ſo von den Leiſtungen als Rechtsobjecten handeln will, nur davon geſprochen werden kann, daß die Leiſtung erlaubt phyſiſch und juriſtiſch möglich ſein müſſe (vgl. vorhergeh. §), und daß es ganz unſyſtematiſch iſt im allgemeinen Theil unter der Rubrik „unkörperliche Rechtsgegenſtände“ nicht nur von „dem Begriff und den Arten der Leiſtung,“ ſondern auch von den Erforderniſſen der Willensäußerung, der Willensfähigkeit, Willensfreiheit u. ſ. f. zu handeln (wie dieß z. B. Böcking I S. 290 fg. thut), da dieſe Momente für die Handlung als Gegenſtand des Rechts von Bedeutung ſind.

7) In einem noch weitern Sinn kann man den Ausdruck Rechtsobject vom Standpunkt des reinen römiſchen Rechts gebrauchen; vgl. Scheurl Inſtitut. 2. Aufl. §. 44 fg.

fehlt es an dem Unterscheidungsmerkmale für die einzelnen Rechte; einen Gegenstand als selbständiges reelles Substrat der rechtlichen Herrschaft gibt es nur bei den dinglichen Rechten; in dem Sinn aber, in welchem Gegenstand dasjenige bedeutet worauf das Recht gerichtet ist, ist der Ausdruck Gegenstand gleichbedeutend mit Inhalt des Rechts und es ist somit vielmehr die Kategorie Inhalt, welche zum Eintheilungsgrund der Rechte im subjectiven Sinn zu dienen hat. Dennoch hat man insbesondere in früherer Zeit die Privatrechte nach dem Gegenstande unterscheiden wollen und hat hierbei selbst in einem und demselben Eintheilungsschema den Ausdruck Gegenstand bald in dieser bald in jener Bedeutung genommen[8]. In neuester Zeit hat Puchta die Kategorie Gegenstand in consequenterer Weise durchzuführen gesucht[9], indem er wie bei den dinglichen Rechten, bei denen allerdings ein Recht an einem Gegenstand (an der Sache) vorhanden ist, bei allen Rechten einen Gegenstand *an* welchem das Recht stattfinden soll, *woran* die Herrschaft ausgeübt werde, aufzustellen versucht hat[10]. Allein daß diese Eintheilung, welche von einer irrigen

8) So theilt Heise Grundriß S. 16 Note 5 die Rechte nach dem Gegenstand (worunter „nicht die Befugniß welche dessen Inhalt ausmacht, sondern die Personen oder Sachen zu verstehen sind, gegen welche die Befugniß gerichtet ist") in Rechte, „die 1) gar keinen individuellen Gegenstand haben wie das Beneficium der Minderjährigen, das Recht zu heirathen, ein Testament zu machen u. s. w., 2) die gegen eine Sache, 3) die gegen eine Person gerichtet sind und diese können wiederum entweder a) auf einzelne Leistungen oder b) auf allgemeine Unterordnung einer Person unter die andere gehen." Diese Eintheilung der Rechte nach dem Gegenstand (wobei Heise übrigens trotz seiner Verwahrung wenigstens bei Nr. 3 lit. a und b Gegenstand mit Inhalt verwechselt) in solche, welche einen individuellen Gegenstand haben und solche welche keinen haben, erinnert lebhaft an die bekannte Eintheilung der offenen Städte in Städte die offen sind und die es nicht sind. Was es mit jener Classe angeblicher Rechte, welche keinen individuellen Gegenstand haben, für eine Bewandtniß habe (vgl. vorherg. § Note 31), beweist die bei Heise selbst unmittelbar folgende Bemerkung, daß „sich die in die 1. Classe gehörigen Rechte nicht füglich in einer eigenen Zusammenstellung behandeln lassen." Heise's Eintheilung sind Wening I §. 31 und Fritz Erläuter. I S. 55 gefolgt; auch Göschen I §. 125 und Schilling I § 16 II §. 89 theilen die Rechte nach dem Gegenstand ein.

9) Zu dieser Eintheilung bahnt sich Puchta schon durch seine irrige Definition des Rechtsverhältnisses als „der Unterwerfung eines Gegenstandes unter einen rechtlichen Willen, welche Unterwerfung ein Recht an dem Gegenstand gewähre" den glatten Weg. Dieser Irrthum hängt mit dem andern Irrthum Puchta's das System des Privatrechts als ein System der Privatrechte aufzufassen (s. oben §. 24) aufs engste zusammen.

10) So theilt Puchta die Rechte bekanntlich ein in 1) Rechte an der eigenen

Generalisirung des Begriffs Gegenstand als Substrat des dinglichen Rechts ausgeht, innerlich unhaltbar sei und daß nicht der Gegenstand sondern der Inhalt den Eintheilungsgrund der subjectiven Rechte abgeben müsse [11], wird heutzutage fast allgemein anerkannt [12].

II. Den Inhalt des Rechtes bilden die einzelnen Befugnisse, welche uns das Recht gewährt; der Inhalt des Rechts ist dasjenige was uns vermöge des Rechts zusteht, was wir vermöge des Rechtes dürfen. Nach dieser Verschiedenheit des Inhalts sind die einzelnen Rechte verschieden. So ist z. B. der Inhalt des persönlichen Rechts die Leistung welche der Gläubiger von dem Schuldner fordern kann; der Inhalt des dinglichen Rechts ist die Herrschaft über eine Sache und nach Verschiedenheit dieser Herrschaft sind wieder die dinglichen Rechte unter einander verschieden, obgleich sie alle denselben unmittelbaren Gegenstand (dasselbe Substrat), eine (körperliche) Sache haben. In Beziehung auf den Inhalt theilt man die Rechte in affirmative und negative und versteht in der Regel [13] unter affirmativen Rechten jene durch welche der Berechtigte zu einer positiven Handlung befugt wird, unter negativen Rechten jene durch welche der Berechtigte befugt wird etwas zu unterlassen, was er abgesehen von seinem Rechte thun müßte.

III. Dem Rechte des Betheiligten kann die negative Verpflichtung aller Übrigen gegenüberstehen dieses Recht anzuerkennen, es gelten zu lassen und den Berechtigten in der Ausübung desselben nicht zu stören; in diesem Falle entspricht dem Rechte eine allgemeine Ver-

---

Person, 2) Rechte an Sachen, 3) Rechte an Handlungen, 4) Rechte an fremden Personen, 5) Rechte an einer in uns übergegangenen Person.

11) In der That liegt die Verschiedenheit zwischen dem ehelichen Recht und der Obligatio nicht darin daß jenes eine Person, diese eine Handlung zum Gegenstand hat, die Verschiedenheit zwischen dem ehelichen Recht und dem Erbrecht nicht darin daß dieses eine in uns übergegangene Person, jenes dagegen eine außer uns stehende Person zum Gegenstand hat.

12) Vgl. Sintenis in der §. 24 angef. Schrift und prakt. Civilr. I §. 44, Stahl Rechtsphilos. II S. 296 fg. und nunmehr auch Scheurl in der 2. Aufl. seiner Institutionen (1855) Vorrede S. VI und §. 44—45.

13) In diesem Sinn spricht man auch von affirmativen und negativen Privilegien. Hin und wieder (z. B. Schilling I §. 45 II §. 90) theilt man die Rechte von dem Gesichtspunkt aus in affirmative und negative, je nachdem der Verpflichtete zu einer positiven Handlung oder zu einem Unterlassen verbunden ist; gegen diese Eintheilung wonach z. B. das Eigenthumsrecht als ein negatives Recht erscheint s. mit Recht Wächter II §. 35 Note 1; diese Eintheilung findet sich beiläufig auch in der Marginalrubrik zu §. 343 a. d. G. B.

pflichtung der Übrigen, welche in einem Nichtthun oder Leiden besteht. Ein Recht, dem diese negative Verpflichtung aller dritten Personen entspricht und welches daher gegen alle wirksam ist und gegen jeden, der dasselbe nicht anerkennt oder verletzt, verfolgt werden kann, heißt ein absolutes Recht. Steht dem Rechte des Berechtigten die Verpflichtung einer bestimmten Person gegenüber, welche in einem besondern Thun oder Unterlassen besteht, so heißt dieses nur gegen eine bestimmte Person wirksame Recht ein relatives.

Dreizehntes Capitel.

Haupt-Arten und Verschiedenheiten der Privatrechte.

I. Die angeblichen Personenrechte.

§. 60. Die ältere Doctrin[1] und ebenso viele neuere Schriftsteller[2] theilen die Privatrechte „nach ihren möglichen Gegenständen" im Allgemeinen in Personen- und Vermögensrechte ein. Unter Personenrechten (Status-Zustandsrechten) verstehen diese Schriftsteller sowohl jene Rechte, welche der Person eben weil sie Person ist zustehen, als jene Rechte, welche der Person wegen ihrer besondern Stellung und zufolge gewisser Qualitäten (z. B. als Bürger, als Familienglied) zukommen. Diese Personenrechte unterscheidet man dann gewöhnlich wieder in absolute Personenrechte (Personen-Statusrechte im engern Sinn) und relative Personenrechte (Familienrechte) und versteht unter letzteren jene Rechte, welche aus den Familienverhältnissen entspringen, also die Rechte, welche der Person deßhalb und in so fern zukommen, weil und insofern sie Familienglied ist. Auch pflegt man die Personenrechte öfters in reine und angewandte zu unterscheiden, je nachdem die aus der Persönlichkeit oder einer bestimmten Qualität der Person entspringenden Rechte vermögensrechtlicher Natur sind oder nicht. In der spezifischen Charakteri-

1) Vgl. Höpfner §. 60, Glück II §. 111, Schmidt Lehrbuch von den gerichtlichen Klagen und Einreden (9. Ausg. 1845) §. 32, Feuerbach Civilist. Versuche (1803) S. 173 fg.

2) z. B. Schilling I §. 16 II §§. 1. 4. 89, Mühlenbruch I §. 78, Wächter II §. 45, Bluntschli I §. 18 fg. u. A.

stirung dieser Rechte weichen jedoch die Schriftsteller unter einander ab, indem Manche diesen Rechten den „individuellen Gegenstand" absprechen, während Andere als den Gegenstand dieser Rechte die Person (sowohl die eigene als die fremde) angeben, und Andere endlich als den unmittelbaren besondern Gegenstand dieser Rechte „die betreffende Stellung der Person und den Inhalt der einzelnen Handlungen zu denen die Person durch sie befugt wird" anführen.

Diese Eintheilung findet sich auch im bürgerlichen Gesetzbuch. Auch nach österreichischem Recht sind die Privatrechte im Allgemeinen in Personen- und Vermögensrechte einzutheilen[3]. Als Personenrechte werden jene angegeben (§. 15 a. b. G. B.) „welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen (die s. g. absoluten Personenrechte) und jene welche sich in dem Familienverhältniß gründen" (die s. g. relativen Personenrechte). Als absolute Personenrechte werden angeführt 1) die Rechte „aus dem Charakter der Persönlichkeit" (§. 16—20); 2) die Rechte „aus der Eigenschaft des Alters oder mangelnden Verstandesgebrauchs" (§. 21—23); 3) die Rechte „aus dem Verhältniß der Abwesenheit" (§§. 24. 25); 4) die Rechte „aus dem Verhältniß einer moralischen Person" (§§. 26. 27); 5) die Rechte „aus dem Verhältniß eines Staatsbürgers" (§. 28—38); 6) die „Personenrechte aus dem Religionsverhältniß."

Bei näherer Erwägung dürfte es sich jedoch ergeben, daß diese Annahme von s. g. Personenrechten, welche mit den Vermögensrechten auf eine Linie gestellt werden, unhaltbar sei und daß es jener altherkömmlichen Eintheilung an allem festen Boden mangle. Was zunächst die Rechte betrifft, welche aus der Persönlichkeit entspringen sollen, so gibt es entweder gar keine solche oder alle Rechte ohne Ausnahme gehören hierher. Die Persönlichkeit ist nemlich die Voraussetzung alles Rechts, das Element welches jedes Privatrecht durchzieht und in jedem enthalten ist; sie ist nichts anderes als die Rechtsfähigkeit, als die Möglichkeit Rechte zu haben[4]: es ist aber kein Privat-

3) Vgl. auch Zeiller Natürl. Privatr. §. 41; am Schlusse dieses Paragraphen heißt es: „Alle Rechte der Menschen haben a) eine Person (die eigene oder fremde) oder b) Sachen zum Gegenstand und heißen in dieser Beziehung Personen- und Sachenrechte" und hierzu wird in der Note *** bemerkt, „der unmittelbare Gegenstand des Rechts sind immer nur Handlungen, die sich aber auf einen der hier angeführten Gegenstände zunächst beziehen."

4) Vgl. Savigny I S. 334 fg., Böcking I §. 99 Note 3. — Dieß zeigt

recht der Person rechtsfähig zu sein, es ist kein Privatrecht Person zu sein [5]. Auch um Eigenthümer zu sein, um erben zu können, um Forderungsrechte zu haben muß man Person sein, Persönlichkeit besitzen und in so fern wären daher auch Eigenthum, Servituten, Forderungen aus der Persönlichkeit entspringende Rechte, Personenrechte [6]. Die ältere Doctrin beschränkte daher die Personenrechte auf die s. g. angeborenen Rechte d. h. Rechte welche der Mensch auf sich selbst habe, welche mit seiner Geburt entstünden und unveräußerlich seien [7]. Über diese Rechte (s. g. Urrechte [8]), welche „angeboren und schon durch die Vernunft einleuchtend" (§. 16 a. b. G. B.) sein sollten, konnte man sich freilich niemals einigen; in der Regel zählte man die Unverletz-

sich deutlich darin daß die actio injuriarum, welche recht eigentlich zum Schutz der Persönlichkeit des Verletzten dient, wegen jedes wie immer gearteten Eingriffs in das fremde Rechtsgebiet angestellt werden kann (Puchta Pandekt. §. 387,, weil in jeder Rechtsverletzung ein Angriff auf die Persönlichkeit liegt.

5) Puchta hat bekanntlich Rechte an der eigenen Person statuirt, welche „die Persönlichkeit, die Rechtsfähigkeit des Berechtigten zum Gegenstand haben;" allein mit Recht haben sich die meisten Schriftsteller gegen Puchta erklärt, so Savigny I S. 337 Note a, Schröter in den krit. Jahrb. 1840 S. 294, Arndts in den krit. Jahrb. 1843 S. 298 fg., Wächter II §. 45 Note 2, Sintenis in der oben §. 24 Note 3 angef. Abhandl. S. 44 und nunmehr auch Scheurl in der 2. Aufl. s. Institut. (1855) §. 41 Anm. (Gerber System §. 84 Note 4 ist m. W. gegenwärtig der einzige Schriftsteller der Puchta's Ansicht huldigt.) In der That beruht Puchta's Argumentation (Institut. I S. 30 II S. 393 fg.), wonach bei diesen Rechten das Subject zu seinem eigenen Object werden soll, auf einer ungerechtfertigten Übertragung der auf philisophischem Gebiet zulässigen Subject-Objectivirung auf das Rechtsgebiet.

6) Dieß fühlt auch Glück II S. 57 deutlich und beschränkt daher den Begriff „Zustand des Menschen" auf „eine in dem Subject des Menschen beruhende Eigenschaft woraus Rechte entspringen" und definirt (S. 56) das Personenrecht als „den Inbegriff von Rechten, welche in dem verschiedenen Zustand der Menschen ihren Grund haben."

7) Über diese angeborenen Rechte vgl. Zeiller Natürl. Privatr. §. 39—55 und Schilling I §. 14. Als ein angebornes Recht führte man auch häufig die Fähigkeit auf, die im Gegensatz zu den angebornen Rechten s. g. erwerblichen Rechte zu erwerben; vgl. §. 17 a. b. G. B. und Zeiller I S. 108. Allein es gibt kein Privatrecht Rechte zu erwerben: es existirt nur eine vom Recht anerkannte Fähigkeit hierzu.

8) Stahl II S. 286 fg. hat treffend bemerkt, daß die deutsche Naturrechtstheorie die beiden Gegensätze Urrechte und wirkliche Rechte, angeborne und erwerbliche Rechte verwechselt hat und daß sie dem Urrecht statt des vorhandenen (ungenügenden) Rechtszustandes die erwerblichen Rechte entgegenstellte, wodurch dieser ganzen Theorie die eigentliche Spitze abgebrochen wurde. Diese Verwechslung fand sich auch stets bei den österreichischen Naturrechtslehrern und findet sich im bürgerl. Gesetzb. §. 16 fg.

lichkeit des menschlichen Leibes und Lebens, der Freiheit und Ehre so wie die Befugniß zur freien Äußerung der Persönlichkeit hierher, „das Recht zu allen Handlungen bei denen ein geselliger Zustand gleichmäßig freihandelnder Wesen stattfinden könne," „das Recht zu Handlungen wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden" (§. 317 a. b. G. B.) wie etwa das Recht zu gehen, zu fahren, seine geistigen und körperlichen Kräfte frei zu gebrauchen[9] u. s. f. Allein es sind wie Savigny treffend bemerkt hat[10], die zum Schutz der Unverletzlichkeit der Person[11] dienenden Rechtsinstitute rein positiver Natur

9) Als ein angeborenes Recht führt man daher z. B. auch das Occupationsrecht auf (Zeiller I S. 107. 109); daher kommt es, daß das bürgerliche Gesetzbuch in seinem aus der älteren Doctrin überkommenen Bestreben überall einen titulus und modus acquirendi zu unterscheiden als den Titel bei der Erwerbung des Eigenthums durch occupatio die „angeborene Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden" (§§. 317. 385) anführt. Was es übrigens mit jener angeborenen Freiheit für eine Bewandtniß habe und daß sie nur ein leerer Schall sei, beweist der Umstand, daß hier Alles davon abhängt, welche Sachen der Staat als „freistehende" erklärt und woran er sich ein „ausschließliches Zueignungsrecht" vorbehalten hat. So z. B. ging vor dem Patent v. 31. März 1858 (R. G. B. Nr. 94) die angeborne Freiheit noch nicht so weit, daß Jedermann sich Salpeter zueignen konnte.

10) Der Irrthum besteht darin daß man die leitenden Principien, die sittlichen Ideen um deren Realisirung es sich handelt, die allgemeinen Forderungen der Vernunft, deren Verwirklichung vom Staat und im Staat verlangt wird, als concrete Privatrechte des Einzelnen darstellt und sie mit den Vermögensrechten auf eine Linie setzt. So ist es gewiß eine vernünftige Forderung, daß Jedermann an Leib und Leben, Ehre und gutem Ruf unverletzt bleibe, eine sittliche Forderung, daß Jedermann als Person und daher als rechtsfähig betrachtet werde: aber es sind dieß eben im Lauf der Zeit sich zur Anerkennung bringende, in verschiedenen positiven Rechtsinstituten sich verwirklichende Ideen, ohne daß man nunmehr von einem concreten Privatrecht des Individuums auf Freiheit, Ehre u. s. f. sprechen könnte. Wenn man sich daher des Ausdrucks bedient, Jedermann habe ein Recht auf Freiheit, auf ungestörten Gebrauch seiner geistigen und körperlichen Kräfte, auf freie Äußerungen seiner Persönlichkeit u. s. f.," so bedeutet Recht hier etwas ganz anderes als dasjenige was innerhalb des Privatrechts mit dem Ausdruck Recht belegt wird, nemlich einen Anspruch, dessen Anerkennung und rechtlichen Schutz man im Staat erwartet. Mit Unrecht stellt selbst Stahl noch in den Abschnitt Privatrecht (II 3. Buch) das Recht der Person und handelt in demselben von einem Recht auf Freiheit, Integrität, Ehre u. s. f. von Freiheit und Gleichheit und vom Princip der Humanität. Ebenso ist es gewiß ganz verkehrt, wenn nunmehr Bluntschli Deutsch. Privatr. I §. 46 fg. das Autorrecht als ein Personenrecht darstellt, da es durchaus kein Privatrecht eines Autors ist ein Werk für sich zu behalten oder es zu veröffentlichen.

11) Am eigenen Körper ist kein Recht denkbar; der freie Mensch hat sich nicht selbst im Eigenthum (wie bekanntlich Wangerow in seiner Abhandlung über die Latini Juniani behauptet, eine Ansicht der m. W. kein anderer Schriftsteller beigetreten ist): es gibt kein Privatrecht seine Glieder zu gebrauchen, sich Nägel und

und nicht als bloße Entwicklungen des Begriffs der Unverletzlichkeit anzusehen; was aber die freien Äußerungen der Persönlichkeit betrifft, so sind, wie bereits oben (§. 58) gezeigt wurde, hierin nur allgemeine Möglichkeiten nicht concrete Privatrechte zu sehen [12]. — Ebenso verhält es sich mit den übrigen absoluten Personenrechten, welche aus bestimmten Qualitäten der Person hervorgehen sollen. So entspringt z. B. aus der Qualität Staatsbürger zunächst gar kein concretes Recht; die Eigenschaft Jemandes Staatsbürger zu sein ist nur eine Voraussetzung um gewisse Rechte erwerben zu können, ihr Mangel zieht gewisse Modificationen der rechtlichen Stellung der fraglichen Person nach sich: die Staatsbürgerschaft ist daher lediglich ein Zustand welcher in rechtlicher Beziehung von Bedeutung ist [13]. Genau so verhält es sich mit den übrigen Personenrechten, welche das bürgerliche Gesetzbuch anführt; aus der Qualität Alter, Geschlecht, Verschollenheit, Confession entspringen zunächst gar keine Rechte (vgl. oben §. 24); es sind dieß eben nur Zustände, welche für das privatrechtliche Leben, die privatrechtliche Stellung der fraglichen Person von Bedeutung

---

Haare zu schneiden u. s. f. (l. 13 [pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 — dominus membrorum suorum nemo videtur). Bei körperlichen Beschädigungen findet daher weder nach römischem noch nach heutigem gemeinen und österreich. Recht eine Schätzung des verwundeten Gliedes in Geld statt (liberum corpus nullam recipit aestimationem l. 7 D. de his qui effud. 9, 3; anders nach älterem deutschen Recht, wo jedes Körperglied eine bestimmte Taxe hatte, Wergeld); hiervon macht auch §. 1326 a. b. G. B. keine Ausnahme, indem dieser Paragraph, welcher mit Einklang mit der gemeinrechtlichen Praxis steht (Glück X S. 389. 390) nur bestimmt, daß auf körperliche Verunstaltungen in so fern bei der Bemessung der Entschädigung Rücksicht genommen werden muß, als dadurch das bessere Fortkommen des Verletzten beeinträchtigt wird. Vgl. auch oben §. 47 Note 8.

12) Es geht daher auch nicht an mit Wächter II S. 288. 289 als den besondern unmittelbaren Gegenstand dieser s. g. absoluten Personenrechte „die betreffende Stellung der Person und den Inhalt des einzelnen Handlungen, zu denen die Person durch sie befugt wird" anzugeben: es gibt kein Privatrecht auf die Stellung, es gibt kein Privatrecht, dessen Gegenstand „der Inhalt einzelner Handlungen" wäre.

13) Es ist kein Privatrecht Staatsbürger zu sein, sondern vielmehr eine öffentliche Qualität, welche auch auf dem Gebiet des Privatrechts manchen Einfluß ausübt. — Wenn man gewöhnlich von Staatsbürgerrecht spricht, von Erwerbung und Verlust des Staatsbürgerrechts, so wird hierbei der Ausdruck Recht in derselben Bedeutung gebraucht wie wenn vom Besitzrecht (jus possessionis) gesprochen wird: es handelt sich nemlich nur um Zustände und Verhältnisse aus denen rechtliche Folgen hervorgehen, den Inbegriff dieser rechtlichen Folgen nennt man Recht und spricht in diesem Sinn statt von Staatsbürgerschaft von Staatsbürgerrecht.

sind, Verhältnisse welche rechtliche Folgen nach sich ziehen. Aus dem Gesagten ergibt es sich von selbst, daß es durchaus nicht angeht diese absoluten Personenrechte mit den Vermögensrechten in eine Linie zu stellen und die Privatrechte in Personen- und Vermögensrechte einzutheilen; denn die Vermögensrechte sind in der That concrete Rechte welche eine gewisse Herrschaft und Befugniß gewähren, während die Personenrechte gar nicht als einzelne concrete privatrechtliche Befugnisse existiren, sondern es nur persönliche Zustände und Eigenschaften gibt, welche für das Rechtsgebiet von Bedeutung sind. Dieser Unterschied zeigt sich in den Rechtsmitteln. Bei den angeblichen Personenrechten gibt es gar keinen Schutz derselben als concreter Rechte [14], sondern es handelt sich stets nur um die Anerkennung und rechtliche Feststellung jenes bestimmten rechtlichen Zustandes der gewisse Folgen nach sich zieht; der Streit ist daher nur auf das Dasein oder Nichtdasein jenes Zustandes gerichtet und die Klagen aus diesen Verhältnissen veranlassen nur eine Entscheidung über die Existenz einer bestimmten rechtlichen Qualität, wobei von einer Verurtheilung des Gegners gar keine Rede sein kann. Diese Klagen heißen daher praejudicia, praejudiciales actiones [15], weil sie nur die Vorfrage (praejudicium) lösen ob die Person sich in einem gewissen Zustande befinde oder nicht, woraus sich dann gewisse Folgen von selbst ergeben [16].

---

14) Wenn Jemand im freien Gebrauch seiner Körperkräfte, im Gehen u. s. f. gehindert wird, so entspringt allerdings gegen den Verletzer eine Klage: aber diese Klage (actio injuriarum) schützt nicht das Privatrecht zu gehen u. s. f., sondern sie schützt durch eine (öffentliche oder Privat-) Strafe die Persönlichkeit. Überhaupt gibt es viele Fälle, in denen eine Delictsklage stattfindet, ohne daß von einem concreten specifischen Privatrecht, welches der Verpflichtung der dritten Personen gegenüber stünde, die Rede sein könnte: dieß ist z. B. der Fall bei den interdictis publicis (Puchta Pandekt. §. 35a), ohne daß man etwa von einem Privatrecht darauf, daß der andere nichts positum vel suspensum habeat oder von einem Privatrecht auf den ungehinderten Gebrauch einer öffentlichen Straße sprechen könnte.

15) Gaj. IV 44—94. Vgl. Savigny V S. 19 fg., Zimmern Gesch. des röm. Privatr. III (1829) §. 69, Keller Der röm. Civilproceß §. 38; vgl. auch Schmidt Lehrbuch der gerichtl. Klagen §. 218 fg., aus dessen Darstellung man sich recht deutlich überzeugt wie diese Präjudicialklagen, welche nach der Annahme vieler Schriftsteller (so auch Wächter's II §. 45) personenrechtliche Klagen d. h. Klagen zum Schutz der Zustandsrechte sein sollten, doch nur zur Feststellung dieses Zustandes selbst dienen (vgl. Schmidt §. 219 fg. §. 245 fg., der §. 224 die Präjudicialklagen aus Mißverständniß des vielbesprochenen §. 13 I. de act. freilich sogar zu den actiones rei persecutoriae zählt).

16) Die s. g. absoluten Personenrechte oder vielmehr richtiger die fraglichen

Wie mit den abſoluten Perſonenrechten, ſo verhält es ſich auch mit den relativen Perſonenrechten. Auch aus den Familienverhältniſſen entſpringen nicht concrete Privatrechte, welche mit den Vermögensrechten auf eine Linie geſtellt werden könnten[17]. Der Inhalt der Familienverhältniſſe iſt vielmehr ein dem Rechtsgebiet fremder und die Familienverhältniſſe haben überhaupt für das Rechtsgebiet nur in ſo fern Intereſſe als ſie in andere Privatrechtsverhältniſſe eingreifen und die Vorausſetzung wahrer privatrechtlicher Anſprüche bilden, daher es nöthig wird die Eingehung und Auflöſung dieſer Verhältniſſe juriſtiſch zu beſtimmen[18]. Deßhalb handelt es ſich bei den Familienverhältniſſen zunächſt nur darum, daß ihre Exiſtenz rechtlich feſtgeſtellt werde: ſo wie der Einzelne ein Intereſſe daran hat, daß ſeine Perſönlichkeit und andere rechtlich wichtige Qualitäten anerkannt werden, ſo hat er auch ein Intereſſe, daß ſeine Eigenſchaft Gatte, Vater, Sohn u. ſ. f. zu ſein anerkannt werde[19]. Es geht ſomit aus den

Qualitäten und Zuſtände ſind im heutigen Recht jedoch nicht mehr Gegenſtand von Präjudicialklagen, d. h. es findet behufs der Entſcheidung über das Daſein oder Nichtdaſein des fraglichen Zuſtandes kein civilproceſſualiſches Verfahren mehr ſtatt; ſo entſcheidet über die Frage der Civität die Adminiſtrativbehörde, über die Frage der confeſſionellen Qualität die politiſche reſp. die geiſtliche Behörde; das Präjudicium an aliquis liber, libertus sit kann heutzutage gar nicht mehr vorkommen, da heutzutage jeder Menſch ohne Unterſchied als frei betrachtet wird; vgl. Thibaut Syſtem §. 124.

17) Wenn der Gatte Anſpruch auf eheliche Treue, Beiſtand, anſtändige Begegnung, der Vater auf Ehrfurcht und Gehorſam, das Kind auf vernünftige Leitung und Erziehung hat u. ſ. f., ſo ſind dieß ſittliche Anſprüche, durchaus aber nicht privatrechtliche Anſprüche, welche mit eigenen Klagen geltend gemacht werden könnten. Ebenſowenig iſt es überhaupt ein Privatrecht Gatte, Vater, Sohn u. ſ. f. zu ſein: es ſind dieß nur Verhältniſſe und Zuſtände, welche auch für das Privatrecht von Bedeutung ſind. Wenn es im §. 1458 a. b. G. B. heißt: „Die Rechte eines Ehegatten, eines Vaters, eines Kindes und andere Perſonenrechte ſind kein Gegenſtand der Erſitzung," ſo ſind hiermit nicht einzelne Rechte gemeint, ſondern es iſt die Qualität Ehegatte, Vater, Staatsbürger u. ſ. f., welche als nicht erſitzbar bezeichnet wird; daß aber überhaupt dieſe ſelbſtverſtändliche Beſtimmung aufgenommen wurde, erklärt ſich daraus daß die ältere Doctrin gewohnt war, die Erſitzung und Verjährung als eine ſich über das ganze Rechtsgebiet erſtreckende Entſtehungs- und Endigungsart von Rechten und Rechtsverhältniſſen aufzufaſſen (vgl. z. B. auch noch Unterholzner Entwicklung der geſammten Verjährungslehre 1828 II §. 289 fg. insbeſ. §. 297). Wie der §. 1458 a. b. G. B. beſtimmt, daß die „im Familienverhältniß gegründeten Perſonenrechte" kein Gegenſtand der Erſitzung ſind, ſo beſtimmt §. 1481 a. b. G. B., daß dieſelben auch kein Gegenſtand der erlöſchenden Verjährung ſind.

18) Vgl. insbeſ. Sinteniſ in der angef. Abhandl. S. 65 fg.

19) Savigny Syſtem I §. 54.

Familienverhältnissen zunächst nichts anderes als ein Anspruch auf Anerkennung der Existenz derselben hervor; den rechtlichen Schutz dieses Anspruchs gewähren auch hier wieder die Präjudicialklagen. Sind diese Verhältnisse als zu Recht bestehend anerkannt, so ergeben sich dann die rechtlichen Folgen derselben von selbst [20], obgleich wenn diese verweigert werden auf die Gewährung derselben unter Umständen eigene Klagen stattfinden [21], welche aber nicht mehr zu den präjudiciellen gehören [22].

II. Vermögensrechte.

A. Dingliche Rechte.

§. 61. Über den Begriff des dinglichen Rechts herrschte früher große Meinungsverschiedenheit [1]. Eine unter den ältern Schriftstellern vielverbreitete Ansicht ging dahin, dingliches Recht sei jenes welches gegen jeden Dritten verfolgbar sei [2]. Diese Ansicht charakterisirte den

20) Ist das fragliche Familienverhältniß als zu Recht bestehend anerkannt worden, so gestalten sich die Folgen desselben von selbst; ist es z. B. anerkannt, daß die A Gattin des B sei, so ergibt es sich von selbst, daß sie seinen Namen und Stand erhalte, daß sie ihm in seinen Wohnsitz folgen müsse u. s. f.; ist es anerkannt, daß der A Vater des B sei, so ergibt es sich von selbst, daß er den B alimentiren müsse, daß dem B ein Pflichttheil gebühre u. s. f.

21) So kann der Vater, wenn nur einmal seine Vaterschaft feststeht, den Sohn von dritten Personen, die ihn vorenthalten, zurückfordern (l. 1 §. 4 l. 3 §. 3 D. de liber. exhib. 43, 30, §. 145 a. b. G. B.); so kann der Vater resp. der Gatte auf Alimentation beklagt werden (l. 1 §. 16 l. 3 §. 2—4 D. de agnosc. et alend. 25, 3).

22) So ist z. B. die Klage auf Alimente, da sie gegen eine bestimmte Person auf bestimmte vermögensrechtliche Leistungen gerichtet ist, eine persönliche Klage. Mit Unrecht wollte man öfters überhaupt alle aus Familienverhältnissen entspringenden Klagen als präjudicielle bezeichnen (vgl. dagegen Wächter II S. 294 Note 10); Manche sprechen im vorliegenden Fall von Implorationen intuitu status, z. B. Schmidt Lehrb. §. 218 fg.

1) Schon Feltmann Tractatus de jure in re et ad rem (1666) bemerkt (p. 121): in definiendo utroque jure mire variant nostrae disciplinae auctores und zählt p. 121 sq. viele verschiedene Meinungen älterer Schriftsteller auf. Seine eigene Definition (p. 126) geht dahin: jus in re est potestas legitima homini in re competens propter qualitatem qua ipsa res ex Dei aut mortalium dispositione affecta vel quod ab eo occupata sive tradita aut alio modo ad eum pervenerit, per quam ea res ipsi homini obnoxia et subdita. Über diese älteren Ansichten vgl. Glück II S. 539 fg.

2) Diese Ansicht hat auch noch Höpfner Commentar §. 280, dem der Wiener Heineccius I §. 331 wörtlich folgt; gegen ihn vgl. Weber in der Note * und Thibaut Versuche II S. 24 fg. Auf die Spitze getrieben ward diese

Begriff des dinglichen Rechts durch Aufnahme der regelmäßigen Wirkung desselben in den Begriff, setzte an die Stelle des wirkenden Grundes die bewirkte Folge und verwechselte hiermit die beiden ganz verschiedenen Begriffe dingliches und absolutes Recht[3]. Gegen diese Ansicht, der schon manche bessere ältere Schriftsteller wie z. B. Glück u. A. entgegentraten[4], erhob sich Thibaut in seinen Versuchen (1. Aufl. 1798 2. Aufl. 1817 Bd. II S. 22 fg.). Thibaut erklärte jene Rechte als dingliche, zu deren Schutze eine actio in rem stattfinde und da er zu diesen (freilich mit manchen ganz willkürlichen Beschränkungen) auch die praejudicia rechnete[5], so zählte er auch die väterliche Gewalt und die meisten (angeblichen) Status- und Familienrechte, welche durch Präjudicialklagen geschützt werden, zu den dinglichen Rechten (S. 47 fg.) und unterschied diese in dingliche Rechte welche auf Sachen gehen (dingliche Sachenrechte) und dingliche Rechte welche sich nicht auf Sachen beziehen (väterliche Gewalt u. s. w.). Thibaut's Argumentation beruht auf einem Schluß von der Klage auf das Recht. Daß dieser Schluß die Natur der Sache geradezu verkehre, da die Klage Folge nicht Grund des Rechtes sei und daher die Klage die Natur des Rechtes, welches sie zu schützen bestimmt sei, nicht das Recht die Natur der Klage habe, bewies Feuerbach in

---

Ansicht von G. Th. Seyler Dissert. quinque juris in re species quas vulgo tradunt nec semper tales esse nec solas Lips. 1736 (diese Dissertation wird gewöhnlich dem F. A. Hommel zugeschrieben, allein dieser war nur Präses bei der Disputation) welcher Eigenthum, Pfandrecht, Servituten und Erbrecht bald als persönliches bald als dingliches Recht erklärt, je nachdem die aus ihnen entspringenden Klagen gegen jeden Dritten angestellt werden können oder nicht.

3) Vgl. hierüber Wächter Erörterungen Heft I Erörterung IV Dingliches und persönliches Recht jus in re und obligatio; in rem actio und in personam actio (S. 88—105) S. 92 fg.

4) Glück II S. 541. Andere ältere Schriftsteller, welche das dingliche Recht als jus ad quod ipsa res est devincta definirten, s. bei Feltmann p. 123. Diese richtige Ansicht findet sich auch schon im Cod. Max. Bav. II 1 §. 10 vgl. hierzu Kreittmayr II S. 401 fg.

5) Bekanntlich herrscht auch heutzutage lebhafter Streit darüber, ob die praejudicia zu den in rem actiones zu zählen seien oder nicht (§. 13 I. de act. 4, 6): vgl. auf der einen Seite Fritz Erläuter. I S. 77 fg., Wächter Erörter. I S. 88 fg., auf der andern Seite (nemlich für die Ansicht, daß die praejudicia zu den in rem actiones gehören, welche Ansicht gewiß die richtige ist) Savigny V §. 206—209, Puchta Institut. II §. 165 Pandekt. §. 83, Arndts §. 97, Keller Der römische Civilproceß 1852 S. 376 fg. Das Nähere in der Lehre von den Klagen.

einer gegen Thibaut gerichteten Abhandlung[6]. In dieser Abhandlung stimmte Feuerbach (S. 215 fg.) mit Thibaut in der Opposition gegen jene ältere Ansicht, welche das dingliche Recht mit dem absoluten verwechselt, überein und stellte (S. 261 fg.) Begriffe des dinglichen und persönlichen Rechtes auf, welche auch die heutige civilistische Doctrin[7] als die richtigen anerkennt[8], und welche auch die Verfasser des österreichischen Gesetzbuchs adoptirt haben[9] (§. 307 a. b. G. B.). Nur geräth das österreichische Gesetzbuch häufig in Schwanken[10] und neigt sich in manchen Paragraphen (§§. 1073. 1079. 1095) wieder der ältern Auffassung zu, welche das dingliche Recht mit dem absoluten verwechselt. Hierdurch ist eine Zweideutigkeit im Ausdruck und in der Begriffsbestimmung entstanden, welche dazu bei-

---

6) Civilistische Versuche Gießen 1803 Abth. VIII S. 213 fg.

7) Thibaut selbst hat später in der 8. Ausgabe s. Systems des Pandektenr. (1834) seine Ansicht zurückgenommen vgl. Wächter Erörter. I S. 93 fg. S. 103. — Von neueren Schriftstellern vgl. Savigny System V §. 206—209, Puchta Institut. II §. 243 Pandekt. §. 140, Wächter Handb. II §. 46, Bangerow I §. 116, Böcking II §. 133. Sintenis Handb. des gemein. Pfandrechts §. 1 und gemein. prakt. Civilr. I §. 37 Note 1 hat zwar den Begriff und den Ausdruck dingliches Recht gänzlich verwerfen wollen; s. aber gegen ihn Puchta Pandekt. §. 140 Note b.

8) Eine abweichende Ansicht hat Düroi Bemerkungen über actiones in rem und in personam, jura in re und obligationes im Arch. f. civilist. Praxis Bd VI (1823) S. 252 fg. S. 386 fg. aufgestellt. Er behauptet actio in rem sei kein Gattungsbegriff, sondern vielmehr nur eine einzige bestimmte Klage, nemlich die Klage aus dem Eigenthum an einer res corporalis; der Begriff des Eigenthums und somit auch der actio in rem sei aber ausgedehnt worden auf res incorporales. Gegen diese Ansicht s. aber Puchta im Rhein. Mus. I S. 296 fg., Savigny V S. 34. 35, Bangerow I S. 187 fg. Übrigens ist diese Ansicht, daß es schon im römischen Recht ein Eigenthum im technischen Sinn nicht bloß an körperlichen Sachen sondern auch an Rechten gebe, nicht neu. Schon J. Born Dissert. de jure in re actiones reales producente Jenae 1756 stellte die Behauptung auf (p. 6) unicum esse jus illud ex quo habemus reales actiones omnes, solum inquam dominium und suchte diese Ansicht auf die wunderlichste Weise zu begründen (p. 11 sq.). Born's Ansicht wurde später von Reinhardt in seinem Versuch einer systematischen Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrecht Frankf. 1800 zu Grunde gelegt (vgl. besonders Vorerinner. S. 5. 6). Das Einwirken dieser älteren Ansicht macht sich auch im österr. Gesetzbuch fühlbar (§§. 353. 1424. 1080) und vielleicht sind es jene Schriften, welche Schuster bei der Note 58 angeführten Bemerkung vor Augen hatte.

9) Auf Thibaut's und Feuerbach's Abhandlungen beruft sich Zeiller II S. 36 Note * ausdrücklich und erklärt sich zu Gunsten Feuerbach's.

10) Ein solches Schwanken findet sich selbst bei den Bekämpfern jener älteren Verwechslung; vgl. z. B. Thibaut Versuche II S. 54.

getragen hat, diese an sich einfache Lehre zu einer vielfach verwickelten und verworrenen zu machen.

Die Dinglichkeit eines Rechtes ist die Eigenschaft desselben eine körperliche Sache zu seinem unmittelbaren Gegenstand zu haben. Der Berechtigte steht hier zunächst in einem Verhältniß zur Sache, kraft dessen diese in ihrer Totalität oder nur in gewissen Beziehungen seiner rechtlichen Herrschaft unmittelbar unterworfen ist. Das Recht welches in diesem unmittelbaren Gewaltverhältniß zur Sache besteht, an und auf ihr haftet, heißt eben daher Sachenrecht[11], dingliches Recht[12], Recht an der Sache[13], dingliches Sachenrecht[14] zum Unterschied von dem sogenannten persönlichen Sachenrecht[15] (jus in re, jus in rem[16]). Da der dingliche Berechtigte in einem unmittel-

11) Über die Terminologie vgl. Wächter Erörter. Heft I Erörter. V (S. 106—126) insbes. S. 109 fg.

12) Den Ausdruck dingliches Recht gebraucht das westgaliz. Gesetzbuch II §. 29 und das Gesetzbuch von 1811 in der Überschrift der 1. Abtheil. des II. Theils; vgl. auch Register s. h. v. — Wenn man den Ausdruck dingliches Recht gebraucht, so geschieht dieß gewöhnlich mit Rücksicht auf den unmittelbaren Gegenstand des Rechts, auf das Object desselben. Hin und wieder spricht man aber auch von Dinglichkeit des Rechts mit Rücksicht auf das Subject des Rechts und versteht darunter jenes Recht, welches an eine Sache geknüpft ist und jeder Person zusteht, weil und insofern ihr die Sache gehört; so spricht das österreichische Gesetzbuch von dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten, während doch jede Servitut in objectiver Beziehung ein dingliches Recht ist. Es ist jedoch besser den Ausdruck dingliches Recht stets in objectiver Beziehung zu gebrauchen und sich zur Bezeichnung des subjectiv-dinglichen Rechts des Ausdrucks Realrecht zu bedienen; vgl. Wächter Erörter. I S. 109 Nr. 3.

13) Vgl. Wächter Erörter. I S. 121 fg.

14) Hier wird der Ausdruck Recht im subjectiven Sinn genommen; wird der Ausdruck Recht im objectiven Sinn genommen, so bedeutet Sachenrecht, dingliches Sachenrecht den Inbegriff der Rechtsnormen über Sachen und Rechte an Sachen.

15) Manche Schriftsteller wie z. B. Mühlenbruch I §. 79 gebrauchen den Ausdruck unmittelbares Sachenrecht. — Hin und wieder bedient man sich zur Bezeichnung des dinglichen Rechts des Ausdrucks Realrecht, jus reale, so schon der s. g. Brachylogus 4, 49 i. f. Es ist aber besser diesen Ausdruck (vgl. Note 12) nur in subjectiver Beziehung für die Verknüpfung eines Rechts mit einer Sache zu gebrauchen; vgl. Wächter Erörter. Heft I S. 133 IV Nr. 4.

16) Über die Ausdrücke jus in re, jus in rem vgl. Wächter Erörter. Heft I Erörter. IV und Heimbach im R. L. VII S. 412 fg. Der Ausdruck jus in rem ist dem Ausdruck actio in rem nachgebildet; während ihn Weber in der Note 1 zu Höpfner's Comment. §. 254 besonders anempfiehlt, wird er mit Recht verworfen von Puchta Institut. II S. 710 Note c, vgl. auch Wächter Hdb. II §. 46 Note 6. — Der Ausdruck jura in re wird häufig nur von den dinglichen Rechten an fremder Sache verstanden also mit Ausschluß des Eigenthumsrechts; vgl. Puchta Pandekt. §. 140 Note c, Böcking II §. 133 §. c.

baren Verhältniß zur Sache selbst steht, kraft dessen die Sache seiner rechtlichen Herrschaft unterworfen ist, so folgt daraus, daß sein Recht unabhängig ist von der intervenirenden Leistung irgend einer Person. Es erfordert das dingliche Recht, wenn auch unter Umständen zu seinem Entstehen, doch nicht zu seinem Bestehen ein besonderes Verpflichtungsverhältniß zu andern bestimmten Personen. Das dingliche Recht besteht demnach und wird ausgeübt ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person. Während der Gegenstand des dinglichen Rechts eine körperliche Sache ist, besteht der Inhalt[17] desselben aus Befugnissen zur Vornahme von Handlungen in Beziehung auf die Sache selbst, wozu eine Vermittelung dritter Personen nicht erforderlich ist[18].

Das dingliche Recht ist die unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache[19]. Die unmittelbare Herrschaft über eine Sache kann aber auch eine bloß physische sein, das Gewaltverhältniß zur Sache ein bloß thatsächliches. Diese der rechtlichen Herrschaft parallel gehende physische Herrschaft über eine Sache, das unmittelbare thatsächliche Gewaltverhältniß zu derselben ist der Besitz und daraus erklärt es sich wie bei dinglichen Rechten Besitz und Ersitzung möglich ist[20].

Da das dingliche Recht in der unmittelbaren rechtlichen Herr-

---

17) Es ist unrichtig wenn Bangerow I S. 190 lit. c sagt, daß die Vornahme von Handlungen unmittelbarer Gegenstand des dinglichen Rechts sei; denn unmittelbarer Gegenstand desselben ist die Sache, das Befugniß zur Vornahme jener Handlungen bildet nur den Inhalt des Rechts.

18) Hierin besteht der wesentliche Unterschied des dinglichen Rechts vom persönlichen; man hat dieß Merkmal früher häufig in die Definition des dinglichen Rechts aufgenommen und es als ein Recht bezeichnet welches „ohne Rücksicht auf andere Personen" zustehe, so der Cod. Max. Bav. II 1 §. 10 so das westgal. Gesetzb. II §. 29 und ebenso das Gesetzb. v. 1811 im §. 307.

19) Unbefriedigend sind die Bemerkungen welche unsere Schriftsteller über das dingliche Recht machen. So sagt Winiwarter II S. 26 „die dinglichen Rechte setzen eine Erwerbung der Sache selbst oder wenigstens eines die Sache unmittelbar zum Gegenstande habenden Rechts voraus," das heißt in der That nichts anderes als: das dingliche Recht setzt ein dingliches Recht voraus. Stubenrauch I S. 627 sagt „das dingliche Sachenrecht besteht in der Berufung auf die rechtliche Freiheit von Niemanden in der Ausübung seiner Befugniß gestört zu werden." Dann ist die väterliche Gewalt, die persönliche Freiheit u. s. f. ebenfalls ein dingliches Sachenrecht!

20) Eine Ausnahme macht zufolge seiner eigenthümlichen Natur das Pfandrecht; s. später im Text.

ſchaft über die Sache beſteht, ſo hat der Berechtigte bei der gerichtlichen Geltendmachung ſeines Rechts nichts anderes als dieſes ſein rechtliches Gewaltverhältniß zur Sache zu beweiſen. Hat er bewieſen, daß er ein Recht an der Sache habe, ſo iſt es weiter nicht erforderlich daß der Gegner zur Anerkennung dieſes Rechts etwa durch eine beſondere obligatoriſche Thatſache verpflichtet ſei[21], vielmehr muß jeder Dritte das dingliche Recht an der Sache ohne weiteres anerkennen. Es liegt ſomit allen dritten Perſonen die Pflicht ob, das dingliche Recht anzuerkennen und den Berechtigten in der Ausübung desſelben nicht zu ſtören. In dieſer Beziehung zu dritten Perſonen macht ſich der Charakter des Rechts geltend, da alles Recht in der Ordnung der Beziehungen von Perſonen zu einander beſteht[22]. Während alſo das dingliche Recht unmittelbar an und auf der Sache haftet, macht ſich die Beziehung desſelben auf dritte Perſonen darin geltend, daß dieſe dritten Perſonen uns in der Ausübung unſeres Rechts nicht ſtören dürfen. Dieſes Verhältniß der dritten Perſonen iſt ein rein negatives; dieſe dem dinglichen Rechte correſpondirende Verbindlichkeit[23], welche eine Folge desſelben iſt und nicht bloß einer beſtimmten Perſon obliegt[24], kann niemals in poſitiven Handlungen beſtehen und

21) §. 4 I. de act. (4, 6) — aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt.

22) Das dingliche Recht beſteht ſomit unmittelbar an der Sache ſelbſt, es iſt aber nicht gegen die Sache gerichtet und wirkſam, ſondern gegen jeden Dritten der mit der Sache auf eine Weiſe in Berührung tritt, wodurch eine gänzliche oder theilweiſe Störung der Herrſchaft herbeigeführt wird.

23) Auch dem dinglichen Recht entſpricht ſomit wie jedem Recht eine Verbindlichkeit; aber dieſe Verbindlichkeit iſt ganz allgemeiner Natur und daher weſentlich verſchieden von der dem perſönlichen Recht entſprechenden Verbindlichkeit, von der obligatio, da hierbei ſtets eine beſtimmte Perſon verpflichtet iſt und dieſe Verpflichtung zum Weſen der Obligatio gehört. Deßhalb heißt es in §. 4 I. cit. qui nullo jure ei obligatus est d. h. gegen jede dritte Perſon nicht bloß gegen beſtimmte Perſonen, welche in einem obligatoriſchen Verhältniß ſtehen; man kann daher wohl ſagen Recht und Verbindlichkeit ſeien correlata, nicht aber jus und obligatio; vgl. insbeſondere Savigny Oblig. R. I §. 3. In dieſen techniſchen Sprachgebrauch der römiſchen Quellen hat man ſich früher nicht zu finden gewußt und daher über jene Inſtitutionenquelle die verſchiedenſten Bemerkungen gemacht und den angeblich unphiloſophiſchen Geiſt der römiſchen Juriſten vornehm corrigiren zu können geglaubt; vgl. z. B. Kreittmayr II S. 401.

24) l. 25 D. de O. et A. (44, 7) In rem actio est per quam rem nostram quae ab alio possidetur petimus et semper adversus eum est qui rem possidet.

es ergibt sich hieraus der wichtige allgemeine Grundsatz, daß einem dinglichen Recht als solchem die Verpflichtung einer bestimmten Person zu positiven Handlungen nicht entsprechen könne[25].

Die negative Verbindlichkeit das dingliche Recht anzuerkennen und den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes nicht zu stören, ist in der Regel eine allgemeine. Wer immer unser dingliches Recht dadurch verletzt, daß er unsere rechtliche Herrschaft über die Sache nicht anerkennt und uns in der Ausübung derselben hindert, kann in der Regel zur Anerkennung unseres Rechts auf gerichtlichem Weg genöthigt werden. Das dingliche Recht ist daher in der Regel ein absolutes d. h. es kann gegen jeden Dritten geltend gemacht werden. Diese absolute Verfolgbarkeit des dinglichen Rechtes ist aber nur die gewöhnliche und regelmäßige Folge des dinglichen Rechts, nicht der Grund nicht das Kriterium desselben, welches vielmehr in dem unmittelbaren Gewaltverhältniß zur Sache besteht: die Absolutheit des dinglichen Rechts ist nur eine Wirkung der Dinglichkeit[26].

---

25) Daraus ergibt sich der für die Servitutenlehre so wichtige Satz servitus in faciendo consistere nequit (§. 482 a. b. G. B.), ein Satz von dem das römische Recht in Ansehung der servitus oneris ferendi eine (vergeblich hinwegzudeuten versuchte) Ausnahme und das österreichische Gesetzbuch in Ansehung der Nutznießung eine noch weit bedenklichere Ausnahme macht (§§. 514. 515). — Hieraus ergibt es sich ferner, daß die Reallasten (vgl. unten §. 63) einen anomalen Charakter haben, da bei ihnen trotz ihrer Dinglichkeit bestimmte Personen zu einer Leistung verpflichtet sind. — Zugleich ergibt sich schon von diesem Standpunkt aus, daß es ganz unrichtig ist bei der Pfandklage gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache das Petit auf „Bezahlung der Schuld bei sonstiger Execution" zu stellen, da aus einem rein dinglichen Recht niemals auf eine positive Leistung geklagt werden kann, welche Inhalt einer selbständigen Obligatio ist. Jener irrigen Ansicht, welche übrigens auch von Gönner Comment. zum bairischen Hypothekengesetz I S. 413 fg. ohne tiefere Begründung vertheidigt wird, sind viele österreichische Schriftsteller, so z. B. Kopezky in der Zeitschrift f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 II S. 268 fg. und neuerlichst Stubenrauch II S. 106 fg. Streng genommen aber ist auch die Formulirung des Petits: Beklagter solle die Execution in die verpfändete Sache gestatten oder den Gläubiger befriedigen (solve aut dimitte, so Winiwarter II S. 276, vgl. Cod. civ. a. 2168) nicht ganz richtig, da auf Seite des dritten Besitzers keine alternative Obligation, sondern eine alternative Ermächtigung (facultas alternativa) vorhanden ist; vgl. oben §. 58 Note 22.

26) Mit Recht hebt Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 I S. 5 fg. hervor, daß das österreichische Gesetzbuch im §. 307 in die Definition des dinglichen Rechts das Merkmal der absoluten Verfolgbarkeit nicht aufgenom-

Daraus ergibt sich 1) daß, da Absolutheit und Dinglichkeit des Rechts durchaus nicht identische Begriffe sind, nicht jedes Recht, welches absolut verfolgbar ist, deßhalb ein dingliches Recht sei[27]; 2) daß, da die Absolutheit nur Folge nicht Grund des dinglichen Rechtes ist, nicht jedes Sachenrecht weil es absolut verfolgbar ist deßhalb schon ein dingliches Sachenrecht sei; 3) daß, da die Folge wegfallen kann ohne daß deßhalb der Grund zu existiren aufhörte, das Recht ein dingliches bleibt, sollte es ausnahmsweise auch nicht absolut verfolgbar sein[28]. Im römischen[29] und im deutschen[30] Recht finden sich mannigfache Fälle, in welchen dem dinglichen Rechte die regelmäßige Wirkung der absoluten Verfolgbarkeit ausnahmsweise entzogen ist. Aber auch im heutigen österreichischen Recht fehlt es an solchen Fällen durchaus

---

men habe; was Rippel in derselben Zeitschr. 1831 II S. 248. 249 dagegen angeführt hat, ist völlig grundlos und beruht auf einer gänzlichen Verkehrung der Begriffe.

27) Daher ist z. B. die väterliche Gewalt zwar ein absolutes aber kein dingliches Rechtsverhältniß und die Klage aus dem §. 145 a. b. G. B. (das interdictum de liberis exhibendis cf. l. 1 pr. §. 4 l. 3 §. 3 D. de lib. exhib. 43, 30. schützt kein dingliches Recht.

28) Vgl. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. S. 7 in der Note.

29) Welche Fälle hierher gehören darüber herrscht unter den Civilisten Streit; vgl. Savigny V S. 26 fg., Schröter in der Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß VI S. 141, Sintenis I S. 257, Wächter Handb. II S. 296 Note 13 und Erörter. I S. 92, Puchta Pandekt. §. 142 Note f, Arndts im R. L. V S. 241 und Pandekt. §. 97 Anmerk. 4.

30) In manchen Ländern, besonders in jenen des sächsischen Rechts, konnte an unbeweglichen Sachen ohne richterliche Confirmation zwar ein dingliches Recht erworben werden, dieß war aber dritten Personen gegenüber nicht wirksam: behufs dieser absoluten Wirksamkeit mußte erst noch die richterliche Confirmation hinzutreten. — Ferner gehört hierher der bekannte Grundsatz Hand muß Hand wahren, wodurch der Eigenthümer beweglicher Sachen in vielen Fällen in der Verfolgbarkeit seines Rechts beschränkt war. Nach österr. Recht (§. 367 a. b. G. B. a. E.) geht in jenen Fällen auf den Erwerber sofort Eigenthum über; während also nach deutschem Recht jene Fälle Beschränkungen der Verfolgbarkeit des fortbestehenden Eigenthumsrechts bilden, sind sie nach heutigem österr. Recht Erlöschungsgründe für das bisherige Eigenthumsrecht. — Auch in der Sphäre des Pfandrechts fand sich zu jener beschränkteren Wirksamkeit des dinglichen Rechts mannigfache Veranlassung, da die Tendenz des deutschen Rechts von den ältesten Zeiten dahin ging „den dinglichen Charakter dieses Rechts durch eine stete sichtbare Verbindung mit dem Gegenstand zu versinnlichen," daher nur Faustpfand an Mobilien stattfand und das ohne Übergabe der Sache bestellte Pfandrecht höchstens ein bloß relativ (gegen den Verpfänder und seine Erben) wirksames dingliches Recht war; vgl. die Stellen bei Kraut Grundriß §. 189 Nr. 10. 11.

nicht[31]. So ist z. B. die actio Publiciana des §. 372, die im Einklang mit der ältern Doctrin minder glücklich s. g. „Klage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthum," eine dingliche Klage (actio in rem) mit beschränkter Wirksamkeit (§. 373 a. b. G. B.); so ist die spätere Servitut zwar ein dingliches Recht aber nur mit beschränkter Wirksamkeit (§. 486 a. b. G. B.); so ist die Verfolgbarkeit des Eigenthumsrechts gewissen Pfandgläubigern gegenüber (§. 456 a. b. G. B.) beschränkt und das Pfandrecht selbst obgleich ein dingliches Recht nicht stets absolut verfolgbar (§§. 452. 466 a. b. G. B.); so fehlt endlich dem Eigenthumsrecht an unbeweglichen Sachen, welches der Erbe ipso jure durch den Antritt der Erbschaft erwirbt, so lange der Charakter der Absolutheit als der Erbe nicht in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer vorgeschrieben ist. Umgekehrt gibt es wie im römischen so im österreichischen Recht auch manche Fälle[32], in welchen ein persönliches Recht, welches sonst nur gegen bestimmte Personen verfolgbar ist, also nur eine relative Wirksamkeit hat, ausnahmsweise auch gegen dritte Personen verfolgbar ist, also eine Wirksamkeit hat welche sonst nur dem dinglichen Recht zukommt. Das österreichische Gesetzbuch drückt dieß in unvermerktem Anschluß an die ältere Auffassungsweise dahin aus, das persönliche Recht werde (durch die Intabulation) in ein dingliches verwandelt[33]. Allein dieser Bezeichnung liegt eine Verwechslung der Folge mit dem Grunde,

---

31) Ganz mit Unrecht läugnet Nippel in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 II S. 249, daß es nach österr. Recht Fälle dieser Art gebe.

32) S. hierüber den folgenden §.

33) So heißt es im §. 1073 a. b. G. B.: „Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht; in Rücksicht auf unbewegliche Güter kann es durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden;" vgl. §. 1079 a. b. G. B. Ebenso heißt es im §. 1095 a. b. G. B.: „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches zu betrachten" vgl. §. 1121 a. b. G. B. — Nicht minder verkehrt ist die Darstellung bei Nippel Erläuter. II S. 47 fg. (dem Winiwarter II S. 29 folgt), welcher das dingliche Recht in ein seiner Natur und seiner Wirkung nach dingliches Recht unterscheidet. Ein Recht ist nicht seiner Wirkung nach dinglich, sondern das dingliche Recht ist seiner Wirkung nach absolut und die Dinglichkeit eines Rechts betrifft stets die Natur des Rechts. Wenn Nippel sagt es gebe Fälle, in denen das dingliche Recht nicht „als dingliches Recht" wirksam sei, so ist dieß eine petitio principii und man muß vielmehr sagen, es gibt Fälle, in denen das dingliche Recht ausnahmsweise nicht absolut wirksam ist. Von jener unrichtigen Eintheilung macht Nippel S. 50 Nr. 4 überdieß den möglichst unrichtigen Gebrauch.

der Wirkung mit der Urſache unter und es findet hiermit ein Abfall von der im §. 307 a. b. G. B. gegebenen Begriffsbeſtimmung ſtatt. Dadurch daß das perſönliche Recht gegen dritte Perſonen verfolgbar iſt, erhält es eine Wirkung, welche ſonſt nur dem dinglichen Recht zukommt; die Abſolutheit, welche regelmäßig dem dinglichen Recht eigen iſt, wird ausnahmsweiſe dem perſönlichen Rechte zu Theil. Sowenig aber das dingliche Recht durch die Entziehung der abſoluten Verfolgbarkeit zum perſönlichen Rechte wird, ſo wenig wird das perſönliche Recht durch die abſolute Verfolgbarkeit zum dinglichen Recht. Man kann alſo nicht ſagen, das perſönliche Recht werde durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches Recht verwandelt, ſondern man muß ſagen dem perſönlichen Rechte werde durch die Intabulation die Wirkung eines abſoluten Rechtes zu Theil. Jene Bezeichnung des öſterreichiſchen Geſetzbuchs beruht alſo auf einer unzuläſſigen Identificirung der Begriffe Dinglichkeit und Abſolutheit.

Die Lehre von der Art und Weiſe der Entſtehung eines dinglichen Rechtes in concreto gehört in den beſondern Theil[34]. Hier hat nur die Bemerkung ſtattzufinden, daß zur Exiſtenz eines dinglichen Rechtes erfordert wird daß die Befugniß zur Vornahme von Handlungen unmittelbar an der Sache auf einem beſonderen Rechtsgrund beruhe[35]. Geht die Befugniß bloß aus der allgemeinen Rechtsſubjectivität oder aus dem Umſtand hervor, daß Jemand Mitglied des Staates, einer Gemeinde oder ſonſt einer Corporation iſt, ſo iſt das Recht kein dingliches. Daher iſt das Recht auf die Benutzung einer res publica oder universitatis (ſ. oben §. 46) kein dingliches Recht, dafern dasſelbe nicht auf einem beſondern Rechtsgrund beruht: erſt dadurch wird es zu einem ſelbſtändigen dinglichen Recht des betreffenden Mitglieds (jura singulorum).

Zum Schutz des dinglichen Rechts dient die dingliche Klage (Realklage, actio realis, actio in rem, petitio im engern Sinn, vindicatio[36]). Die Klage iſt lediglich eine Seite des Rechtes ſelbſt:

34) Daher gehört auch in den beſondern Theil die Darſtellung des Inſtituts der öffentlichen Bücher, da zur Entſtehung eines dinglichen Rechts an Immobilien Eintragung in dieſelben erforderlich iſt.

35) Vgl. Bangerow I S. 490 lit. b.

36) Über dieſe verſchiedenen Bezeichnungen vgl. insbeſ. Savigny V S. 8 fg. S. 16 fg.

nach der Natur des Rechtes muß sich die Natur der Klage bestimmen. Da nun das dingliche Recht in der Regel ein absolutes ist, so wird auch die Klage aus demselben in der Regel eine absolute sein d. h. sie geht in der Regel gegen jeden Dritten der unser dingliches Recht nicht anerkennen will. Sowenig aber jedes Recht weil es ein absolutes ist ein dingliches ist, so wenig ist jede Klage weil sie eine unbeschränkt wirkende ist eine dingliche Klage[37]: eine dingliche Klage ist allein jene welche aus einem dinglichen Recht entspringt[38]. — Wenn jener der ein dingliches Recht verletzt von dem Berechtigten mit der dinglichen Klage belangt wird, so kommt er durch die Belangung mit derselben zum Berechtigten in ein obligatorisches Verhältniß[39]. Solange die Klage noch nicht angestellt ist, ist erst der Keim zu einer Obligatio vorhanden, diese wird erst durch die Insinuation der Klage[40] zur vollen Existenz gebracht. Mittelst der dinglichen Klage fordert nemlich der Berechtigte vom Beklagten, daß dieser das dingliche Recht anerkenne und in Folge dieser Anerkennung die Sache mit den Früchten u. s. w. herausgebe, die Störung unterlasse u. s. w. Durch die Anstellung der aus einem dinglichen Recht entspringenden Klage nimmt also die dingliche Klage in dem concreten Fall eine relative Natur an[41] und der ganze Fall selbst den Charakter eines obligatorischen Rechtsverhältnisses[42], da jede Klage zwischen dem Kläger

37) Mit dieser Beschränkung des Ausdrucks dingliche Klage auf die aus dem dinglichen Recht entspringenden Klagen (vgl. Savigny V S. 23 Note o) wird der bekannten Streitfrage, ob die actiones in rem alle Klagen welche nicht actiones in personam sind umfassen oder nicht (vgl. Note 5), ob also die actio in rem außer den aus den dinglichen Rechten entspringenden Klagen auch die Klagen zum Schutz des Erbrechts und zur Geltendmachung von persönlichen Rechtszuständen und von Familienverhältnissen begreife oder nicht, nicht präjudicirt.

38) Doch gebrauchen manche Schriftsteller wie z. B. Puchta Pandekt. §. 88, Arndts Pandekt. §. 97 den Ausdruck dingliche Klage für in rem actio in der weitern Bedeutung, in welcher sie nicht bloß die aus dinglichen Rechten entspringende Klage bezeichnet (Note 37); vgl. aber dagegen Savigny V S. 23 Note o und Sintenis I S. 254 Note 4.

39) Vgl. insbes. Mühlenbruch Cession S. 18—20, Savigny V §. 205, Wächter Handb. II S. 298.

40) Über den entscheidenden Proceßabschnitt s. das Nähere im 2. Bd.

41) Daraus erklärt sich die Stellung der §§. 942. 948 im Obligationenrecht; deßhalb ist im §. 1479 a. b. G. B. unter den „Rechten gegen eine dritte Person" auch das Klagrecht aus dinglichen Rechten zu verstehen; vgl. auch §. 668 a. b. G. B.

42) Es beruht daher auf einer völligen Begriffsverwirrung, wenn Rippel

und dem Beklagten ein obligatorisches Verhältniß begründet[43]. — Die dingliche Klage kann nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher unser dingliches Recht nicht anerkennt und dasselbe thatsächlich verletzt (qui movet de re controversiam). Wenn Jemand unser dingliches Recht selbst nicht bestreitet sondern dasselbe anerkennt, so kann gegen ihn wohl eine Klage stattfinden z. B. wegen Beschädigung der Sache u. s. w., nimmermehr aber eine dingliche Klage, da diese zunächst auf Anerkennung unseres Rechtes gerichtet ist und diese vorausgesetzter Maßen nicht verweigert wird[44].

Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 II S. 264 fg. diesen Fall als ein Beispiel der von ihm erfundenen dinglich-persönlichen Sachenrechte anführt.

43) „Der Kläger und der Geklagte stehen einander gegenüber wie ein Gläubiger und ein Schuldner" Savigny V S. 5. — Daher können auch die aus dem dinglichen Recht entspringenden Klagen z. B. die Eigenthumsklage ohne weiteres cedirt werden (vgl. Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. S. 246 fg.) während das dingliche Recht selbst wohl übertragen nicht aber cedirt werden kann. Es beruht daher auf einem Mangel an Klarheit und Schärfe der Begriffe, wenn Rippel (Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1830 I S. 23 fg.) von der Cession des Eigenthumsrechts spricht und den Kauf einer Sache als ein Cessionsgeschäft betrachtet. Schuster ist (Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 I S. 28 fg.) der richtigen Ansicht, daß die Vindicationsklage cedirt werden kann; wenn er aber (S. 26) meint, daß der Cessionar durch die Abtretung der Eigenthumsklage „kraft einer Rechtsnothwendigkeit auch das Eigenthum des Gegenstandes und zwar ohne alle Übergabe wirklich erwerbe" und diesen Fall als eine Ausnahme vom §. 425 a. b. G. B. darstellt, so ist dieß entschieden unrichtig, da das Eigenthum an (körperlichen) Sachen auf derivative Weise nur durch Tradition erworben wird. Wenn Schuster sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf den Erben beruft, der „ohne alle Übergabe und Besitzergreifung das dingliche Recht auf alle Verlassenschaftsgegenstände und hiermit auch alle Klagerechte erwerbe" (S. 18), so übersieht er den wichtigen und folgenreichen Unterschied zwischen Universal- und Singularsuccession. Der Erbe nemlich erwirbt als Universalsuccessor sofort ohne Übergabe das Eigenthum und hat daher auch die aus diesem Recht entspringende Klage: der Cessionar hat aber nur die Klage um mit ihr auf die Herausgabe der Sache zu klagen und durch diese Übergabe und in Folge derselben das Eigenthum zu erwerben. Schuster scheint zu jenem Irrthum durch die unrichtige Annahme mancher älteren Civilisten verleitet worden zu sein, daß durch die Cession der Vindicationsklage der Cessionar ein dominium utile erwerbe; vgl. hierüber Thibaut Versuche II S. 74 fg. Mühlenbruch Cession S. 247 fg.

44) Vgl. Weber in der Note * zu Höpfner §. 285. Es ist dieß eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß die Klagen, welche zum Schutz gewisser Rechtsverhältnisse bestehen, nur dann angestellt werden können wenn gerade das betreffende Rechtsverhältniß verletzt wird. Daher kann gegen Jemanden der sich eine Servitut anmaßt nicht die rei vindicatio angestellt werden, da er das Eigenthumsrecht anerkennt und sich nur eine Beschränkung desselben anmaßt. Daher kann mit dem interdictum Uti possidetis nur jener belangt werden, welcher das Verhältniß des Besitzers zur Sache nicht anerkennt, sondern dasselbe bestreitet (qui possessio-

Die dinglichen Rechte haben alle denſelben unmittelbaren Gegenſtand, dasſelbe Rechtsobject, nemlich eine körperliche Sache. Ihre Verſchiedenheit beruht auf der Verſchiedenheit des Inhalts d. h. des Inbegriffs der Befugniſſe, welche dem Berechtigten über das Object des Rechts zuſtehen[45]. Jenachdem dieſe Befugniſſe verſchieden ſind, ſind auch die dinglichen Rechte verſchieden ob ſie gleich alle denſelben Gegenſtand haben. Die Frage wie viel dingliche Rechte es gebe und welche es ſeien, läßt ſich a priori nicht beantworten[46], ſondern iſt aus dem beſtehenden poſitiven Rechte nach deſſen eigenthümlicher hiſtoriſchen Bildung zu löſen[47]. Darüber wie viele dingliche Rechte es nach römiſchem Recht gebe, herrſchte unter den ältern Juriſten ein ſehr lebhaft geführter Streit[48]. Während Manche nur ein einziges dingliches Recht annahmen nemlich das Eigenthum[49], zählten Einige drei dingliche Rechte auf (Eigenthum, Servituten und Pfandrecht), Andere[50] vier (Eigenthum, Pfandrecht, Servitut und Erbrecht) und es fehlte nicht an Solchen, welche in der Häufung dinglicher Rechte ein beſonderes Vergnügen fanden und nebſt dem Beſitz auch das Recht herrenloſe Sachen zu occupiren als ein dingliches Recht (jus in re nullius) aufſtellten[51]. Hahn ſtellte in einer 1643 zu Helmſtädt er-

---

nis controversiam facit) vgl. Bangerow I S. 767 Nr. 3. Daher kann mit der Erbrechtsklage nur jener belangt werden, welcher unſer Erbrecht nicht anerkennt; vgl. unten Note 102.

45) Vgl. Puchta Pandekt. § 140.

46) S. hierüber Thibaut Verſuche II S. 41 fg., der ſich gegen dieſes a priori Conſtruiren in treffenden Worten erklärte, vor ſolchem „unphiloſophiſchen Philoſophiren“ warnte und an deſſen Stelle „hiſtoriſche Philoſophie“ geſetzt wiſſen wollte; vgl. auch Bangerow I S. 191.

47) Ein Beiſpiel ſolcher verſchiedenen hiſtoriſchen Entwicklung gibt die Miethe und der Pacht, welche nach römiſchem und öſterreichiſchem Recht ein perſönliches, nach preußiſchem Recht ein dingliches Recht gewähren; vgl. auch l. 1 §. 3 D. de superf. (43, 18).

48) Vgl. Kreittmayr II S. 400—402, Höpfner §. 286 Note 1, Glück II §. 178 S. 548 fg.

49) So Born in der Note 8 angef. Schrift und ihm folgend D. H. Kemmerich De dominio tamquam unica specie juris in re 1724 und Reinhardt in der Note 8 angef. Abhandl.

50) So z. B. Glück II §. 178. Ebenſo Höpfner §. 286.

51) So Nettelbladt Dissert. de jure in re quae est res nullius. Halae 1779. Auch Höpfner rechnete in den älteren Ausgaben das jus occupandi zu den dinglichen Rechten, nahm aber in ſpäteren Auflagen (§. 280 Note 1) dieſe Anſicht zurück. In früherer Zeit theilte man öfters (ſo auch der Wiener Heineccius S. 170) das Sachenrecht (ſ. g. jus rerum) in 3 oder 4 Claſſen: 1) ding-

schienenen Schrift Dissertatio de jure rerum et juris in re speciebus die Pentarchie Besitz, Eigenthum, Servitut, Pfandrecht und Erbrecht auf, und seine Meinung verschaffte sich trotz mancher Gegner[52] viele Anhänger[53]. Die Pentarchie ging wie in das westgalizische Gesetzbuch so auch in das österreichische Gesetzbuch vom Jahr 1811 über (§. 308).

Die Frage, ob der Besitz überhaupt ein Recht und ob er, wenn er ein Recht ist, ein dingliches Recht sei, setzt eine scharfe und genaue Untersuchung dieses Verhältnisses voraus, welche an diesem Orte nicht geführt werden kann. Es muß hier die Bemerkung genügen, daß der Besitz nicht als ein Recht angesehen werden könne, sondern bloß als ein factischer Zustand, welcher die Möglichkeit des Rechts enthält. Insofern nun aber der Besitz ein rechtlich geschütztes factisches Verhältniß der Person zur Sache ist, gebührt ihm im System die Stelle an der Spitze des besondern Theils (des Sachenrechts), welcher die Gesammtheit der auf Sachen sich beziehenden Rechtsinstitute darstellt[54].

Das wichtigste dingliche Recht und die Grundlage und Voraussetzung aller übrigen ist das Eigenthum. Das Eigenthum ist das dingliche Recht vermöge dessen eine körperliche Sache in ihrer Totalität unserer rechtlichen Herrschaft unterworfen ist. Der Inhalt des Eigenthumsrechts ist die unbeschränkte d. h. die unbestimmte willkürlich bestimmbare und daher in den verschiedensten und mannigfaltigsten Bestimmungen sich äußernde Herrschaft über die willenlose körperliche Sache. Der Ausdruck Eigenthum wird zwar auch in einem weitern Sinn genommen in welchem er mit Vermögen (bona) gleichbedeutend ist[55]. Allein in diesem weitern Sinn umfaßt das Eigenthum auch das Eigenthumsrecht unter sich: man hat das Eigenthum im

---

liches Sachenrecht, 2) persönliches Sachenrecht, 3) Besitz s. g. Possessionsrecht (vgl. hierüber auch oben §. 24) und 4) jus occupandi.

52) Über das fatum hujus libelli vgl. Höpfner §. 286 Note 1 und Bruns Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848) S. 386 Note 2.

53) Der Codex Max. Bav. führt nur vier Arten auf (II 2 §. 10) nemlich Eigenthum, Pfandrecht, Servituten und Besitz; Kreittmayr II S. 402 fügt aber zur Beruhigung im Anschluß an die herrschende Meinung hinzu „wodurch aber die Herrschaft keineswegs ausgeschlossen ist, denn sie steckt schon unter der ersten Gattung" (dominium).

54) Vgl. oben §. 24.

55) Vgl. hierüber oben §. 47 Note 39.

Eigenthum. Daher muß das Eigenthum im technischen Sinn wie nach gemeinem Recht[56] so auch für unser österreichisches Recht auf die totale rechtliche Herrschaft über körperliche Sachen beschränkt werden, wenn man nicht in gänzliche Zersetzung und Auflösung der Begriffe so wie in maßlose Verwirrung gerathen will[57]. Wo immer das Gesetz von Eigenthum an Forderungen (§. 1424 a. b. G. B.) an einer Handlung (§. 1030) oder von einem Eigenthum an Rechten spricht, bedeutet Eigenthum in dieser nichts weniger als empfehlenswerthen Gebrauchsweise[58]

---

56) l. 27 §. 2 D. de aur. et arg. leg. (34, 2) — non videtur meum esse quod vindicari non possit. l. 34 pr. eod. Vgl. Puchta Institut. II §. 234 S. 578. 579, Seuffert I §. 420. Der Ausdruck Eigenthum einer Forderung, an einer Erbschaft, an einem Usufructus u. s. f. wird ebenso uneigentlich gebraucht wie der Ausdruck dominium usufructus, hereditatis dominus in den römischen Quellen; vgl. hierüber Mühlenbruch Cession S. 5—12, Arndts Pandekt. §. 126 Anm. 1.

57) Was Zeiller II S. 109. 110 ausführt, beruht auf einer Verwechslung des Gegenstandes des Rechts mit dem Recht selbst. Winiwarter II S. 107 beschränkt mit Recht den Begriff des Eigenthums im technischen Sinn auf körperliche Sachen. Stubenrauch I S. 704 dagegen will diese Beschränkung wieder aufgeben; allein man ist wohl berechtigt zu fragen, was denn unter dem Eigenthumsrecht zu verstehen sei, von welchem der §. 308 spricht und welcher als ein specifisches dingliches Recht sowohl von den andern dinglichen Rechten als vom persönlichen Recht unterschieden wird.

58) Treffend sagt Puchta Instit. §. II 234 Note a: „Wenn auch bei uns das Wort Eigenthum von Vielen für Alles was uns irgendwie gehört gebraucht wird, so hat man doch in der juristischen Sprache dieser vagen Anwendung sich zu enthalten. Wer z. B. von einem Eigenthum an Schuldforderungen spricht, der wird schwerlich dem Verdacht entgehen können, daß er die Begriffe und Grundsätze von Eigenthum und Obligationen gelegentlich unter einander mengen werde, wozu er sich durch den Mißbrauch der Worte eine glatte Bahn geöffnet hat." Ja schon Höpfner §. 287 hat gelehrt: „Unkörperliche Dinge, Gerechtigkeiten und Ansprüche sind nicht im Eigenthum. Es wäre dem Sprachgebrauch zuwider wenn man z. E. sagte ich habe ein Eigenthum auf die Zehentgerechtigkeit, auf die Schuldforderung." Wenn nun Schuster (Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1831 I S. 9 Note a) bemerkt: „Der Begriff des Eigenthums ist anders zu erörtern als es bis jetzt in den civilistischen Werken geschah. Man werfe nur einen Blick auf die §§. 353. 354 a. b. G. B. Vermöge des ersteren befinden sich im Eigenthum im objectiven Sinn auch unkörperliche Sachen folglich alle Rechte, daher auch die persönlichen z. B. das Recht aus einem Vertrag auf Hand- und Kopfarbeiten. Da aber vermöge des §. 354 a. b. G. B. durch das Eigenthum im objectiven Sinn das Befugniß verstanden wird, mit der Substanz und den Nutzungen der Sache nach Willkür zu schalten und jeden Andern davon auszuschließen d. h. die vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern; so stelle ich die Frage, wie man es beginnen will bei einem Vertrag über Hand- und Kopfarbeiten z. B. über Lehrstunden in einem wissenschaftlichen Fach die Substanz von den Nutzungen einer Sache abzusondern und überhaupt aus einem Vertrag die Vindica-

so viel als Vermögen oder Berechtigung[59] und man wird vergebens versuchen auf das Eigenthum an Forderungen, an einer Handlung u. s. w. die Eintheilung in Substanz (Proprietät) und Nutzungen (§. 354 a. b. G. B.) die Grundsätze vom Zuwachs der Spezification u. s. w. anzuwenden[60]. Jene Gebrauchsweise des Ausdrucks Eigenthum ist aber deßhalb besonders verwerflich, weil die Gefahr nahe liegt, das was vom Eigenthum im technischen Sinn gilt auf das Eigenthum im weitern Sinn zu übertragen, etwa zu behaupten, daß wie das Eigenthum an einer körperlichen Sache so das Eigenthum an einer Forderung ersessen werden könne und daß wie dem Eigenthümer einer körperlichen Sache gegen Dritte so dem Eigenthümer einer Forderung gegen den Schuldner oder doch gegen dritte Personen, welche den Schuldner an der Bezahlung hindern oder

---

tionsklage anzustrengen? Ist dieß Weisheit? Die größte wie ich bei einer andern Gelegenheit beweisen werde. Dadurch stellt sich aber ein anderer Begriff des Eigenthums dar als man ihn bis jetzt aufzustellen gewohnt war" — so ist es nur zu bedauern, daß Schuster nicht die Gelegenheit gefunden hat dieß zu beweisen.

59) In diesem uneigentlichen Sinn wird das Wort Eigenthum auch im §. 353 a. b. G. B. gebraucht und dieser Gebrauch ist hier um so verwerflicher als der §. 353 a. b. G. B. an der Spitze der Lehre vom Eigenthum im technischen Sinn steht und schon der nächstfolgende §. 354 a. b. G. B. bei der Definition des Eigenthums im subjectiven Sinn den Begriff des Eigenthums mit Recht auf körperliche Sachen beschränkt, also in den zwei aufeinander folgenden §§. 353. 354. a. b. G. B. dasselbe Wort (Eigenthum) in verschiedenem Sinn gebraucht wird. — Es wird zwar auch im §. 427 a. b. G. B., mitten in der Lehre vom Eigenthum im technischen Sinn, vom Eigenthum an Schuldforderungen gehandelt und bestimmt, daß diese durch symbolische Tradition erworben werden. Hierbei spielt aber noch ein anderer Irrthum mit, der heutzutage in der gemeinrechtlichen Literatur ganz überwunden ist, nemlich die ältere Ansicht, daß zur Cession einer Forderung Tradition des Schuldscheins erforderlich sei. Diese Ansicht verkennt die Bedeutung, welche der Schuldschein in der Regel hat, die nemlich darin besteht, daß der Schuldschein nichts anderes als ein Beweismittel der Forderung ist: zur Bewirkung der Cession der Forderung kann es aber nicht erforderlich sein, daß auch das Beweismittel übergeben werde, welches der Cessionar nach geschehener Cession allerdings fordern kann.

60) Man hat zwar öfters behauptet (z. B. Runde Grundsätze des gem. deutschen Privatr. 8. Aufl. 1828 §. 253, Maurenbrecher Lehrb. I §. 209 und ganz neuerlich Walter Deutsche Rechtsgesch. §. 500), daß es eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts sei auch an Rechten Eigenthum anzunehmen. Allein wo in den deutschen Rechtsquellen der Ausdruck Eigenthum an Rechten vorkommt (vgl. die Stellen bei Kraut Grundr. §. 105) ist dieser Ausdruck eben in dem vulgären Sinn genommen, in welchem er Vermögen Berechtigung bedeutet. Übrigens gibt Maurenbrecher I §. 210 selbst zu, daß gemeinrechtlich der Ausdruck Eigenthum auf körperliche Sachen beschränkt werde.

unrechtmäßiger Weise sich die schuldige Leistung haben entrichten lassen, eine Vindicationsklage zu gestatten [61].

Das Eigenthum ist der Inbegriff aller Befugnisse, welche überhaupt Jemanden in Ansehung einer Sache zustehen können [62]. Diese mannigfachen Befugnisse bilden den ununterschiedenen Inhalt des Eigenthumsrechts; sie bilden daher in der Hand des Eigenthümers kein besonderes Recht (jus separatum) sondern verlieren sich in dem Begriff Eigenthum als der Totalität der rechtlichen Herrschaft über eine Sache [63]. Von jenen Befugnissen können aber manche den Inhalt besonderer Dritten zustehender Rechte bilden [64]: diese besondern Rechte, welche zu ihrer Voraussetzung haben, daß eine Sache in fremdem Eigenthum stehe, sind die dinglichen Rechte an fremder Sache (jura in re sc. aliena). Während das Eigenthum die rechtliche Herrschaft über die Sache in ihrer totalen Rechtsobjectivität ist, gewähren die dinglichen Rechte nur eine in beschränkter Richtung stattfindende Herrschaft, eine Herrschaft über gewisse Seiten und Rechtsbeziehungen der Sachen, somit eine partielle, nicht eine totale Herrschaft über die Sache. Die dinglichen Rechte an der fremden Sache haben mit dem Eigenthum dieselbe Sache zum unmittelbaren

---

61) Selbst diese Behauptung ist schon von österr. Schriftstellern aufgestellt worden. So sagt Nippel in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 II S. 274. 275: „Es ist die Klage des Cessionars, welche er an den Schuldner stellt, keine Eigenthums- sondern nur eine Personalklage. Nur gegen alle übrigen Personen wird durch die Entstehung der Forderung ein dingliches Recht und auch eine dingliche Klage gegründet, indem der Berechtigte die Befugniß hat mit der Forderung nach Belieben zu schalten und jeden andern der sich das Forderungsrecht anmaßen will davon auszuschließen. Gegen diese Personen läßt sich eine Eigenthumsklage denken." Und das ist dann ein Fall der s. g. persönlich-dinglichen Sachenrechte!

62) Vgl. Puchta Pandekt. §. 142, Arndts Pandekt. §. 126.

63) l. 5 pr. D. si usus fr. petat. (7, 6) Uti frui jus sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet —. Hiernach beruht der bekannte Schulunterschied zwischen usus fructus formalis und causalis.

64) Die interessante Frage, wie die Bildung der dinglichen Rechte in abstracto (verschieden von der Entstehung eines einzelnen dinglichen Rechts in concreto) geschehe, kann erst im besondern Theil besprochen werden. Hier mag es genügen zu bemerken, daß die heutzutage fast allgemein herrschende Ansicht von einer „Herausnahme und Trennung von Befugnissen die an sich im Eigenthum liegen" von einer „Ausscheidung und Ablösung im Eigenthum liegender Befugnisse" in ihrer materialistischen Äußerlichkeit zur Erklärung jener Bildung wohl nicht genüge.

Gegenstand; sie schließen das Eigenthum aber deßhalb nicht aus und vernichten es nicht[65], sondern setzen es vielmehr voraus und stellen sich nur als Beschränkungen desselben dar. Während die dinglichen Rechte an der fremden Sache auf der einen Seite als Beschränkungen des Eigenthumsrechts sich darstellen, dienen sie andererseits zugleich zur Conservirung desselben, indem sie ein schickliches Auskunftsmittel bieten, die sonst nothwendige Aufhebung des Eigenthums zu vermeiden[66]. Die dinglichen Rechte theilen den Charakter des Eigenthumsrechts insofern sie gleich diesem die Natur der Dauer und Beständigkeit haben; ihr Inhalt ist in der Regel unerschöpflich und in ihrer Natur liegt an sich nichts, was eine Veränderung oder einen Verlust derselben herbeiführen würde[67]. Sollen diese Rechte aufhören, so ist hierzu eine außer ihnen liegende Veranlassung erforderlich[68]; die Sache selbst auf der sie haften, muß zu Grunde gehen[69], oder der Berechtigte muß den Willen haben, sein Recht aufzugeben und diesen Willen in entsprechender Weise ausführen[70] u. dgl. m.

Die im fremden Eigenthum stehende Sache kann einem Dritten nach der Seite ihrer *Benutzung* unterworfen sein. Den Inhalt eines dinglichen Rechts können vor allem einem bestimmten Subject zustehende mehr oder weniger ausgedehnte Nutzungsbefugnisse bilden: dieses dingliche Recht ist die *Dienstbarkeit* (*Servitut*)[71]. Der

65) l. 25 pr. D. de V. S. Recte dicimus dum fundum totum nostrum esse etiam cum ususfructus alienus est —. l. 1 §. 1 D. de SC. Silan. (29, 5) Domini appellatione continetur qui habet proprietatem etsi ususfructus alienus sit.

66) Vgl. insbes. *Pucht a* Instit. II §. 243.

67) Eine Ausnahme hiervon machen die *persönlichen* Servituten; die Ausnahme, welche das *Pfandrecht* macht, erklärt sich aus der anomalen Natur desselben; s. später im Text.

68) Daraus zum Theil erklärt es sich wohl auch, weßhalb nach römischem Recht die Grunddienstbarkeit beim Eintritt des Endtermins nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis aufhören l. 4 D. de serv. (8, 1); vgl. hierüber *Savigny* System III §. 127.

69) l. 20 §. 2 D. de S. P. U. (8, 2) §. 525 a. b. G. B. Wird die dienstbare Sache wieder hergestellt, so lebt auch die Grunddienstbarkeit wieder auf (l. 20 cit. l. 34 eod. l. 14 pr. D. quemadm. servit. 8, 6).

70) Die Dereliction der Sachen fordert daher einen dem Willen das Eigenthum aufzugeben entsprechenden körperlichen Act und es besteht hierin ein wichtiger Unterschied zwischen dem Besitz weil er kein Recht ist und dem Eigenthumsrecht; l. 17 §. 1 D. de acquir. vel amitt. poss. (41, 2).

71) Die Definition, welche das österr. Gesetzbuch von den Servituten im §. 472 gibt, enthält gerade das wesentliche Merkmal des Servitutsrechts nicht, sondern ist

Begriff des Servitutsrechts ist selbst wieder ein Gattungsbegriff, welcher nach der Verschiedenheit der möglichen Gebrauchsbefugnisse mannigfaltige Arten unter sich begreift[72] und sich mit Rücksicht auf das bestimmte berechtigte Subject in persönliche und Realservituten theilt. — Einen weit umfassenderen Inhalt als die Servituten haben jene dinglichen Rechte, deren Inhalt zwar ebenfalls die Benützung einer fremden Sache bildet, allein in einer so weiten Ausdehnung, daß dem Berechtigten die volle Ausübung der im Eigenthum liegenden Befugnisse zusteht soweit dieß unbeschadet der Sache selbst geschehen kann und ohne Beschränkung der Benützung auf ein bestimmtes Subject, daher diese Rechte veräußerlich und vererblich sind. Der Umstand, daß diese dinglichen Rechte ihrem Inhalte nach dem Eigenthumsrecht sehr nahe kommen, so wie der Umstand, daß im römischen Rechte zum Schutze derselben die Eigenthumsklage (die rei vindicatio) utiliter zugestanden wird, hat Veranlassung gegeben, schon in früher Zeit jene Rechte als Unterarten des Eigenthums aufzufassen und sie als Nutzungseigenthum, Untereigenthum (dominium utile) im Gegensatze zum Obereigenthum (dominium directum) zu bezeichnen[72a]. Dieses Nutzungseigenthum (§. 357 fg. a. b. G. B.) begreift nicht bloß jene Rechtsverhältnisse unter sich, welche sich schon im römischen Rechtsleben bildeten und im römischen Rechte ihre Normirung fanden, wie die Emphyteusis und die Superficies, sondern insbesondere auch manche Verhältnisse, welche erst auf dem deutschen Rechtsboden entstanden wie Lehen (§. 359 a. b. G. B.) und bäuerliche Gutsverhältnisse[73], wohin nach österreichischem Recht

so allgemein gehalten, daß sie auf jedes jus in re paßt, da die Verbindlichkeit des Eigenthümers zum Vortheil eines Andern etwas zu dulden oder zu unterlassen allen jura in re gemeinschaftlich ist und schon im Begriff des dinglichen Rechts an fremder Sache liegt (vgl. Büchel Civilrechtliche Erörterungen II 2. Aufl. 1847 S. 285. 286). Man kann ebensogut auf das Pfandrecht die Definition des §. 472 anwenden, da auch in diesem Fall der Eigenthümer zum Vortheil des Berechtigten etwas dulden muß, nemlich den Verkauf der Sache, und etwas unterlassen muß, nemlich die Zerstörung und Deterioration der Pfandsache. Der Definition, welche §. 472 a. b. G. B. gibt, fehlt somit die Angabe des spezifischen Inhalts des Servitutsrechts, wodurch sich dieses dingliche Recht von allen übrigen unterscheidet.

72) l. 7 D. commun. praed. (8, 4) — species servitutis exprimenda est, ne si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat. Vgl. Wangerow I S. 780 Nr. 1.

72a) Vgl. insbes. Thibaut Versuche II Nr. 3 und Wangerow I §. 302.

73) Gibt man der richtigen Theorie zufolge den Begriff des getheilten Eigen-

der Erbzins und Erbpacht zu rechnen sind (§§. 359. 1122 fg. a. b. G. B.).

Einen ganz andern Inhalt hat das Pfandrecht. Das Pfandrecht hat den Zweck den Gläubiger zu sichern, indem es ihm die Befugniß gewährt sich aus der Sache durch Veräußerung derselben zu befriedigen (§. 447 a. b. G. B.). Es ist die Sache somit nicht von Seite ihrer Benützung, sondern von Seite ihres Verkaufswerths dem Berechtigten unterworfen[74] und der wesentliche Inhalt des Pfandrechts besteht in dem eventuellen Verkaufsrechte[75], in dem Rechte eventuell über das Eigenthumsrecht selbst zu verfügen, dieses zum Behuf der Befriedigung dem gegenwärtigen Eigenthümer zu entziehen und es auf einen Andern zu übertragen[76]. Das Pfandrecht unterscheidet sich aber sowohl durch diesen seinen Inhalt als durch seinen Charakter Accessorium eines andern Rechts, einer Forderung, zu sein wesentlich von allen übrigen dinglichen Rechten[77]. Während die übrigen dinglichen Rechte den Charakter der Selbständigkeit und Dauer tragen, ist das Pfandrecht ein unselbständiges Recht[78], welches seinen Zweck

thums auf und sieht diese Rechte als jura in re aliena an, so kommt man zu dem Resultat, daß es im heutigen Recht mehr jura in re gebe als dem römischen Recht bekannt sind; vgl. Maurenbrecher I §. 203, Sintenis I S. 400 Note 2.

74) Vgl. Puchta Pandekt. §. 193 und Vorles. I S. 375 fg., Böcking II §. 133 insbes. Note 6.

75) Ohne Grund wird dieß geläugnet von Büchel Civilrechtliche Erörterungen I S. 298 fg. — Ob der Verkauf gerichtlich oder außergerichtlich vor sich gehe, das hat auf den Begriff des Pfandrechts keinen Einfluß, sondern betrifft nur die Form der Realisirung desselben. Daher ist es allerdings unrichtig in die Definition des Pfandrechts das Moment der gerichtlichen Feilbietung aufzunehmen; vgl. Harum im Magazin Bd XI S. 339 fg.

76) Vgl. Arndts Pandekt. §. 126. §. 364. — Daher bedarf der Vormund wenn er eine dem Pflegbefohlenen verpfändete Sache veräußern will hierzu nicht erst der Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde (vgl. §. 233 a. b. G. B.), da er eine fremde Sache zum Verkauf bringt. l. 5 §. 3 D. de reb. eor. (27, 9) Si fundus pupillo pigneratus sit an vendere tutores (sc. sine decreto) possint: tunc enim quasi debitoris hoc est alienum vendunt.

77) Mit Unrecht läugnet Büchel I S. 302, daß die accessorische Qualität des Pfandrechts eine hauptsächliche Ursache des charakteristischen Unterschied desselben von den übrigen dinglichen Rechten bilde. Wenn er S. 303 die Servitut ebenfalls als ein accessorisches Recht bezeichnet, indem sie als servitus praedii ein Accessorium des praedium dominans, als Personalservitut ein Accessorium der berechtigten physischen Person sei, so verwechselt er in auffallender Weise die Begriffe accessorische Qualität und Zuständigkeit eines Rechts, Nebenrecht und Subject des Rechts.

78) An dieser Unselbständigkeit des Pfandrechts wird auch durch die Bestimmung des §. 1483 a. b. G. B. nichts geändert, denn hier gilt recht eigentlich der

nicht in sich selbst trägt und untergeht, sobald das Hauptrecht zu dessen Schutz und Sicherung es besteht erlischt[79]. Während die übrigen dinglichen Rechte auf ein Gebrauchen, Benützen, Genießen der Sache gerichtet sind und ihrem Inhaber daher materielle Vortheile bringen, sichert das Pfandrecht bloß eine Forderung und vermehrt daher nicht wahrhaft das Vermögen des Pfandgläubigers[80]. Während die übrigen dinglichen Rechte einen unerschöpflichen Inhalt haben und auf ein bleibendes Beherrschen der Sache gerichtet sind, daher bei ihnen eine fortgesetzte thatsächliche Ausübung des in ihnen enthaltenen Rechtsstoffes möglich ist, hat das Pfandrecht einen Inhalt der durch einmalige Ausübung erschöpft wird: mit dem einmaligen Act der Befriedigung aus der Sache erlischt das Recht des Pfandgläubigers und es ist daher am Pfandrecht eben so wenig als an einer Obligatio

---

Satz remanet propter pignus naturalis obligatio (l. 59 pr. D. ad SC. Trebellian. 36, 1). Auch die Hypothek (Pfandrecht an Immobilien) ist im heutigen Recht (vgl. Beseler System II S. 460 fg.) bloß ein accessorisches Recht und bleibt ein unselbständiges Recht trotz der Schlußbestimmung des §. 469 a. b. G. B., daß „das Hypothekargut trotz der Tilgung der Schuld so lange verhaftet bleibe als nicht die Schuldurkunde in den öffentlichen Büchern gelöscht ist;" denn in diesem Fall besteht die Singularität eigentlich darin, daß eine getilgte Forderung gewissen Personen gegenüber als noch bestehend angenommen wird. Dieses Verhältniß hat Kopezky Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 287 fg. richtig erkannt (S. 297. 303): um so auffallender ist es, daß er die Hypothek als ein selbständiges Recht erklärt. Wenn er S. 299 sagt „das Hypothekarrecht ist hier (§. 469) als ein selbständiges Recht anzusehen, es wirkt aus eigener Kraft obschon in der Wirklichkeit keine Forderung mehr besteht," so ist dieß unrichtig; denn in der Wirklichkeit besteht so wenig die Hypothek als die Forderung, da mit dem Erlöschen der Forderung „in der Wirklichkeit" auch die Hypothek erlöschen muß. Allein die Forderung wird als fortbestehend fingirt und kraft dieser Fiction kann auch die zum Schutz der Forderung dienende Hypothek fortbestehen, die also auch hier nicht „aus eigener Kraft" wirkt.

79) Vgl. Puchta Pandekt. §. 141 Note e.

80) Daher war nach römischem Recht trotz des Verbots der Schenkung unter Ehegatten der Erlaß eines Pfandes gestattet (l. 44 D. quib. mod. pign. 20, 6 l. 44 C. ad SC. Vellej. 4, 29) weil das Pfandrecht das Vermögen des Pfandgläubigers nicht erweitert und daher auch umgekehrt der Verzicht auf das Pfandrecht das Vermögen desselben nicht wahrhaft vermindert (vgl. Savigny IV S. 55. 56 und Note g). Daher kann der Verpfänder, dessen Sache durch Vermächtniß vom Pfandnexus befreit wird, nicht mit einem Vermächtniß beschwert werden (l. 3 §. 4 D. de leg. III); und dieser Fall muß auch nach österr. Recht auf die gleiche Weise entschieden werden, da der §. 650 a. b. G. B. nur den Satz des römischen Rechts: Placet non plus posse rogari quem restituere quam ei relictum sit (l. 114 §. 3 D. de leg. I) geändert hat, nicht aber den andern Fundamentalsatz: Sciendum est autem eorum fidei committi posse ad quos aliquod perventurum est morte ejus, vel dum iis datur vel dum iis non amittitur (l. 1 §. 6 D. de leg. III).

Beſitz und Erſitzung möglich[81]. — Trotz dieſer Verſchiedenheit iſt man dennoch nicht berechtigt dem Pfandrecht den Charakter eines dinglichen Rechts abzuſprechen und daſſelbe etwa als dingliches Forderungsrecht, als Obligatio der Sache u. ſ. w. aufzufaſſen[82], ſondern man kann darin nur, insbeſondere durch die acceſſoriſche Qualität des Pfandrechts herbeigeführte Modificationen der reinen Natur des dinglichen Rechts ſehen[83]. Der dingliche Charakter des Pfandrechts macht ſich darin geltend, daß das Pfandrecht unmittelbar an und auf der Sache ſelbſt haftet[84], daher als Laſt (causa rei) mit derſelben auf jeden Erwerber übergeht[85], ſo wie darin, daß die Aus-

81) Der Inhalt des Pfandrechts beſteht in der Befugniß die verpfändete Sache behufs der Befriedigung (gerichtlich oder außergerichtlich) zu diſtrahiren; die Ausübung des Pfandrechts beſteht demnach in einem einzigen vorübergehenden Act, in der Diſtraction und es iſt eine fortgeſetzte factiſche Ausübung des im Pfandrecht enthaltenen Rechtsſtoffs unmöglich d. h. der Beſitz des Pfandrechts iſt eine Unmöglichkeit und hiermit auch die Erſitzung des Pfandrechts, da der Beſitz die Grundlage der Erſitzung iſt. Daß die Detention der Pfand ſache keine Ausübung des Pfandrechts ſei geht aus der Natur der Sache von ſelbſt hervor, da das Fauſtpfand (pignus) bloß eine Form des Pfandrechts iſt. Wer einen Geſetzesbuchſtaben braucht um dasjenige was aus dem Weſen eines Rechtsinſtituts von ſelbſt folgt als giltig anzuerkennen, der kann ſich auf §. 1483 a. b. G. B. berufen, wo gegenüber von Jemanden der die Pfandſache ſtets „in Händen hatte" dennoch von der „unterlaſſenen Ausübung des Pfandrechts" geſprochen wird. (In der allerneueſten Zeit hat Harum im Magazin XII S. 31 fg. wieder die entgegengeſetzte Anſicht mit Gründen zu vertheidigen geſucht, welche durchaus nicht überzeugend genannt werden können.) — Die Frage, ob an einem in die öffentlichen Bücher eingetragenen Pfandrecht, an einer Hypothek (Tabular-) Beſitz und Erſitzung möglich ſei, kann erſt dann befriedigend gelöſt werden, wenn man ſich das eigentliche Weſen des ſ. g. Tabularbeſitzes und der ſ. g. Erſitzung intabulirter Rechte klar gemacht hat.

82) So iſt dieß bekanntlich von Büchel Civilrechtliche Erörterungen I Nr. III Über die Natur des Pfandrechts (2. Aufl. S. 120—280) geſchehen, dem hierin Manche, wie Mühlenbruch Lehrb. II §. 299 Ceſſion S. 12 fg., Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts §. 2 Civilrecht I §. 67, Vangerow I §. 303, gewiſſermaßen auch Heimbach A. L. Bd VIII S. 5. 6 u. A. gefolgt ſind. S. aber dagegen Puchta Inſtitut. II S. 746 Note c Pandekt. §. 193 und Vorleſ. S. 377 fg., Lang Über den materiellen Gehalt und den wiſſenſchaftlichen Begriff des Pfandrechts an einer körperlichen Sache im civiliſt. Archiv Bd XXVIII (1846) Nr. XIV S. 352—407, Wächter Handb. II S. 346 Note 25. Arndts Pandekt. §§. 136. 364. Böcking II §. 138. Vgl. auch den folg. § Note 9.

83) Man kann daher aber auch nicht mit Wächter a. a. O. das Pfandrecht unter die gemiſchten Vermögensrechte ſtellen, da die Natur des dinglichen Rechts nur modificirt iſt.

84) l. 19 pr. D. de damn. inf. (39, 2) l. 30 D. de nox. act. (9, 4).

85) §. 448 a. b. G. B. l. 18 §. 4 D. de pigner. act. (13, 7) Si fundus pignoratus venierit manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat. — Daher geht das Pfandrecht auch in dem Fall nicht unter, wenn die Sache von einem Dritten erſeſſen wird; l. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3).

übung des Pfandrechts nicht durch eine persönliche Leistung des jeweiligen Besitzers der Sache vermittelt wird, daher die dingliche Pfandklage[86] auf die Sache selbst (in rem)[87] geht, nicht etwa auf Bezahlung der Schuld (vgl. Note 25), indem sowohl der Verpfänder als solcher als der dritte Besitzer der Sache durch das Pfandrecht nur zu einem Geschehenlassen (dimittere rem) nicht zu einer positiven Leistung (solvere) verpflichtet werden kann[88]. — Im österreichischen Gesetzbuch findet sich selbstverständlich die richtige Auffassung des Pfandrechts, welches zu den dinglichen Rechten gestellt wird (§. 308), da zur Zeit der Abfassung desselben jene neuere Ansicht, welche im Pfandrecht bloß eine obligatio rei sehen will, noch nicht aufgetaucht war[89]. Allein es versteht sich von selbst, daß nur das Pfandrecht an körperlichen Sachen ein dingliches Recht sein kann und da das Pfandrecht an diesen (körperlichen) Sachen den Haupt- und Normalfall bildet, so rechtfertigt sich hiermit auch die Stellung des Pfandrechts im

86) Der Ausdruck dingliche Pfandklage (actio pigneratitia in rem) ist gleichbedeutend mit dem Ausdruck Hypothekarklage (actio hypothecaria); die persönliche Pfandklage (actio pigneratitia in personam) ist die aus dem Pfandvertrag entspringende persönliche Klage. Der Ausdruck Pfandklage kann somit bald die dingliche, bald die persönliche Klage bezeichnen und es ist völlig willkürlich, wenn Kopezky Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1837 II S. 257. 258 den Ausdruck Pfandklage bloß auf die actio pigneratitia in personam beschränken will.

87) l. 2 C. si unus ex plur. hered. credit. (8, 32) — cum pignoris vindicatio non personam obliget sed rem sequatur. l. 16 §. 3 D. quae res pign. (20, 1).

88) l. 42 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6) Qui pignoris jure rem persequuntur a vindicatione rei eos removeri solere si qualiscunque possessor offerre vellet. — Die Hypothekarklage geht also unmittelbar nicht auf Bezahlung der Pfandschuld, sondern nur auf das dimittere rem (délaisser la chose), wovon sich der dritte Besitzer durch Bezahlung der Pfandschuld befreien kann, wenn er will (facultas alternativa; s. Note 25 und oben §. 58 Note 22). Hiermit erledigt sich von selbst die Frage, „ob der Übernehmer eines verpfändeten Grundstücks den Hypothekargläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verantwortlich sei" (Schuster Zwei Abhandlungen 1830 S. 101—156).

89) Um so weniger läßt es sich billigen, wenn Kopezky a. a. O. S. 269 (dem Stubenrauch II S. 106. 108 folgt) sich dahin ausdrückt, „dem Pfandrecht entspreche die Verbindlichkeit der Sache, die Befriedigung oder was ebensoviel ist die Bezahlung der Forderung zu leisten, das Gesetz übertrage diese Verbindlichkeit auf denjenigen, der die mit derselben belastete Sache als Eigenthümer übernehme." Wäre diese Ansicht richtig, so gehörte das Pfandrecht zu jenen Lasten wovon unten §. 63 Note 8 die Rede ist, jeder dritte Besitzer müßte als solcher die Pfandschuld bezahlen, der ursprüngliche Schuldner würde durch das Veräußern der Pfandsache vollkommen liberirt und der neue Erwerber müßte für die Schuld mit seinem ganzen Vermögen einstehen.

System am Schlusse der Lehre von den dinglichen Rechten[90]. Ein Pfandrecht kann zwar an Allem was verkauft werden kann bestellt werden (quod emtionem venditionemque recipit etiam pignerationem recipere potest l. 9 §. 1 D. quae res pign. 20, 1), also auch an Rechten und zwar insbesondere an Forderungsrechten: allein in diesen Fällen ist dann das Pfandrecht nicht als dingliches Recht zu betrachten, da das Object des dinglichen Rechts immer nur eine körperliche Sache sein kann, sondern die Natur des Pfandrechts an solchen Objecten richtet sich nach der Natur der betreffenden Rechte selbst[91].

Das österreichische Gesetzbuch zählt in Übereinstimmung mit einer früher viel verbreiteten Ansicht das Erbrecht zu den dinglichen Rechten (§. 308). Bei genauerer Erwägung wird man sich gegen diese Auffassung erklären müssen. Vor allem ist schon die Definition, welche das österreichische Gesetzbuch vom Erbrecht gibt, unbefriedigend[92]. Das Gesetzbuch definirt das Erbrecht „als das ausschließende Recht die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil in Besitz zu nehmen" (§. 532). In dieser Definition wird statt des Inhalts und des Wesens des Erbrechts eine Wirkung desselben angegeben. Der Erbe kann, weil er Erbe ist, die Verlassenschaft in Besitz nehmen; kraft seines Erbrechts verlangt er von dritten Personen die Herausgabe der Erbschaftssachen;

90) So thut dieß Puchta in den Pandekten und Böcking II §. 133; ebenso Sintenis Civilrecht I §§. 37. 67 fg. und Wangerow I §. 363 fg., obgleich diese beiden Schriftsteller im Pfandrecht nur eine obligatio rei sehen (vgl. Note 82). Arndts Krit. Jahrb. VII S. 300 fg. und Pandekt. §. 126 Anmerk. 2 §. 364 fg. stellt das Pfandrecht als „sachliche Bürgschaft für die Bezahlung einer Schuldforderung" ins Obligationenrecht und ihm stimmt hierin Wächter Handbuch II S. 349 bei; s. aber dagegen Böcking II S. 3 Note 6 a. E. und S. 5.

91) So hat man dieß stets aufgefaßt und faßt es auch heutzutage allgemein auf vgl. Puchta Pandekt. §. 193 a. E., Wächter II S. 348 Note 27, Mühlenbruch Cession S. 15 fg., Arndts Pandekt. §. 364 a. E. Es beruht daher auf einem Mangel an Begriffsschärfe, wenn unsere österreichischem Schriftsteller z. B. Stubenrauch II S. 1 Note ** meinen, daß nach österreichischem Recht das Pfandrecht an Rechten ein dingliches Recht sei und es als eine Singularität des römischen Rechts ansehen, daß nach diesem nur das Pfandrecht an (körperlichen) Sachen ein dingliches Recht sei.

92) Vgl. oben §. 24. Unsere Schriftsteller haben bisher nicht das mindeste Bedenken in Ansehung der Definition des §. 532 a. b. G. B. erhoben, sondern begnügen sich damit in neuen Umschreibungen das Bekannte zu wiederholen; vgl. den neuesten Schriftsteller Stubenrauch II S. 245 Nr. 4.

allein worin besteht das Wesen jenes Rechts, welches diese Wirkung hervorbringt? Sowenig der Satz: Das Eigenthum ist das ausschließende Recht eine körperliche Sache in Besitz zu nehmen, eine Definition des Eigenthumsrechts enthält, sondern nur eine in der Vindicationsklage sich manifestirende Wirkung des Eigenthumsrechts angibt, ebensowenig ist in der Bestimmung des §. 532 a. b. G. B. eine Definition des Erbrechts enthalten, sondern bloß eine Wirkung desselben, die Erbrechtsklage (hereditatis petitio) welche zum Schutze desselben dient, angegeben[93]. Wollte man aber den §. 532 a. b. G. B. etwa dahin verstehen, daß er das Erbrecht als das ausschließende Recht eine Erbschaft zu erwerben, Erbe zu werden definire, so wäre die Definition nicht minder unrichtig, da in diesem Falle eine Verwechslung des jus succedendi mit dem jus successionis unterläuft, indem das Erbrecht nicht das Recht ist Erbe zu werden, sondern das Recht Erbe zu sein[94], da ja derjenige der von dem Recht Erbe zu werden, etwa die angefallene Erbschaft anzutreten, Gebrauch gemacht hat, mit diesem Act sein Erbrecht nicht verliert, sondern nunmehr erst die Erbschaftsklage anstellen kann u. s. w.[95]: ganz abgesehen davon, daß dabei noch immer unerklärt bliebe, worin denn das Erbe-Werden bestehe. Unter Erbrecht ist vielmehr das Recht zu verstehen, welches durch die Acquisition der Erbschaft erworben wird: dieses Recht aber besteht in der Aufnahme und Repräsentation der ganzen vermögensrechtlichen Persönlichkeit eines Verstorbenen[96] (§. 547

93) Diese Wirkung kann hinwegfallen ohne daß deßhalb das Recht selbst aufzuhören braucht. So z. B. kann Jemand eine Erbschaft angetreten haben, aber 30 Jahre gegen den Besitzer des Nachlasses nicht geklagt haben; hiermit ist das Recht „den Nachlaß in Besitz zu nehmen" verjährt, und dennoch ist Jener Erbe und es steht ihm das Erbrecht zu. Dieses Recht muß also etwas anderes sein als das Recht „den Nachlaß in Besitz zu nehmen."

94) Vgl. insbes. Puchta im Rhein. Museum III S. 308 (Kleine civilistische Schriften S. 258) und Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts (1837) S. 15 fg., insbes. S. 17 Note 23.

95) Nach dieser Auffassung der Definition des österr. Gesetzbuchs bestünde der Inhalt des Erbrechts darin, Erbe zu werden und als solcher den Nachlaß in Besitz zu nehmen; mit diesem Inhalt wäre das Erbrecht erschöpft und müßte in ähnlicher Weise erlöschen wie die obligatio mit der Erfüllung. Daß mit dieser Auffassung eine fortdauernde Belangung des Erben wegen Schulden des Erblassers, ein fideicommissarisches Verhältniß u. ä. m. unverträglich sei, leuchtet auf den ersten Blick ein.

96) Vgl. den interessanten Aufsatz von Huschke im Rheinisch. Museum VI S. 274 fg. VIII S. 304 fg., Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 11. 12, Arndts

a. d. G. B.). In so fern enthält das Erbrecht zunächst[97] ein statusähnliches Element[98]: Jemand ist Erbe, er steht in dem Verhältniß des Erben u. s. w. Dieses Verhältniß hat aber nur eine vermögensrechtliche Bedeutung und Wirkung[99], weil es die vermögensrechtliche Seite der Persönlichkeit ist, welche der Erbe repräsentirt; das Erbesein afficirt die vermögensrechtliche Sphäre; weil Jemand Erbe ist und in den Mittelpunkt des Vermögenskreises eines Verstorbenen tritt, gehört ihm das Vermögen dieses Verstorbenen und er fordert dieses ganze Vermögen mit einer eigenen vermögensrechtlichen Klage, der Erbrechtsklage (Erbschaftsklage, hereditatis petitio). Diese hereditatis petitio ist demnach zunächst und unmittelbar auf Anerkennung jenes statusähnlichen (personenrechtlichen) Elements gerichtet, auf Anerkennung der Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen durch den Erben; erst eine Folge dieser gerichtlich durchgesetzten Anerkennung ist es, daß der Beklagte Alles herausgeben muß, was er von dem Vermögen des Verstorbenen besitzt[100]. — Das Erbrecht ist ein absolutes d. h. ein unabhängig von der besondern Verpflichtung einer bestimmten Person bestehendes Recht. Der Erbe verlangt so gut wie der Gatte, der Vater, der Staatsbürger von Jedermann Anerkennung seines Status. Die Klage die zum Schutze des Erbrechts besteht ist eine actio in rem[101], die in der Regel gegen jeden gerichtet ist, der in thatsächlicher Weise

---

Beiträge S. 18 fg. Pandekt. §. 464, Puchta Pandekt. §. 446 und Vorles. II S. 284 fg., der aber das Erbrecht als Recht an einer in uns übergegangenen Person auffaßt.

97) Der Antritt und Erwerb der Erbschaft ist also zunächst Aufnahme der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen, der Erwerb des Vermögens selbst erst Folge dieser Aufnahme; vgl. Büchel a. a. O.

98) Es ist aber nicht bloß das jus succedendi das Recht Erbe zu werden ein Personenrecht wie Wächter II S. 304 Note 27 meint, sondern auch das Recht Erbe zu sein, das jus successionis, ist ein Personenrecht, wenn man schon überhaupt eine solche Classe von Rechten annimmt.

99) Vgl. insbes. Arndts Beiträge S. 24—26, Savigny System I §. 57 und oben §. 24.

100) Vgl. Löhr in seinem Magazin für Rechtswiss. IV S. 16 fg., Arndts Beiträge S. 45 fg. und im Rechtslexicon V S. 207 fg., Büchel Civilrechtl. Erörter. I S. 283 Note 2.

101) Die Klage hatte im römischen Formularproceß eine absolute d. h. eine nicht auf die Person des Beklagten sich beziehende intentio (hereditatem meam esse).

unſer Erbrecht nicht anerkennt[102]; ſie iſt eine Univerſalklage, weil ſie nicht auf einzelne Sachen ſondern auf Herausgabe eines ganzen Vermögens gerichtet iſt[103]. Nennt man nun jede actio in rem eine dingliche Klage (vgl. Note 37. 38), ſo iſt die Erbrechtsklage allerdings eine dingliche Klage: aber das ihr zu Grunde liegende Recht iſt dennoch kein dingliches, da unter dem dinglichen Recht nur jenes verſtanden wird, deſſen unmittelbares Subſtrat eine körperliche Sache iſt. Man hat zwar öfters um dem Erbrecht den verjährten Charakter eines dinglichen Rechtes zu belaſſen, annehmen wollen, daß das Erbrecht zu ſeinem unmittelbaren Gegenſtand den geſammten Nachlaß habe[104], daß alſo wie die übrigen dinglichen Rechte auf einer körperlichen Sache ſo das Erbrecht auf einer unkörperlichen Sache (res incorporalis) nemlich auf dem Vermögen als einer Sachgeſammtheit im weitern Sinn (einer ſ. g. universitas juris vgl. oben §. 57) beruhe und daß die Erbſchaftsklage daher nichts anderes als eine Vindication des Nachlaſſes als eines Ganzen ſei[105]. Allein dieſe Auffaſſung

---

102) Deßhalb kann die Erbrechtsklage nur gegen jenen angeſtellt werden, der unſer Erbrecht verletzt, indem er ſich ſelbſt das Erbrecht zuſchreibt (possessor pro herede) oder ſich doch ohne allen Grund gerade dasjenige anmaßt was uns vermöge des Erbrechts zuſteht (possessor pro possessore), nicht aber gegen jenen, der zwar eine zur Erbſchaft gehörige Sache beſitzt, durch dieſen Beſitz aber nicht unſer Erbrecht, ſondern ein anderes Recht z. B. das Eigenthum verletzt, indem er uns als Erben des Erblaſſers anerkennt, aber das Eigenthumsrecht des Erblaſſers an der betreffenden Sache in Abrede ſtellt (§. 823 a. b. G. B.). Man kann daher die römiſche hereditatis petitio nicht wie Savigny V S. 26. 37 thut eine „beſchränkt wirkende" actio in rem nennen; vgl. Arndts im Rechtslex. V S. 211, Wächter Handb. II S. 298 Note 21. Im öſterreichiſchen Recht aber iſt die Erbſchaftsklage allerdings in gewiſſen Fällen nur beſchränkt wirkſam, ſie hat alſo in ſo fern zuweilen eine nur relative Wirkſamkeit (§. 824 a. b. G. B.).

103) l. 8 D. de H. P. (5, 3) l. 1 §. 1 D. si pars hered. (5, 4) l. 1 pr. D. de R. V.

104) So Düroi im Archiv f. civiliſt. Praxis VI S. 308 fg. Auch Schilling II §. 132 unterſcheidet zwei Claſſen dinglicher Rechte, ſolche welche ſich auf einzelne Sachen beziehen und ſolche welche die Geſammtheit eines Vermögens als Ein Ganzes betrachtet zum Gegenſtand haben; Seuffert I §. 120 ſpricht von einem „modificirten Eigenthum" am Nachlaß; Fritz Erläuter. I S. 244 fg. iſt ſchwankend; auch Bangerow I S. 491 obwohl er die richtige Anſicht von der Erbrechtsklage hat (II §. 595) rechnet das Erbrecht zu den dinglichen Rechten; ebenſo Wächter II S. 301. 302. Allein ſ. dagegen Puchta Inſtitut. II §. 248 Note d, Arndts Beiträge S. 18 fg., Sintenis Civilr. I §. 37 Note 1.

105) In neueſter Zeit wird dieſe Anſicht wieder vertheidigt von Dernburg Über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbſchaftlichen Singularklagen (1852) S. 13 fg.

beruht[106] auf einer Verwechslung desjenigen was mittelſt der ſiegreich angeſtellten Klage erlangt wird mit demjenigen worauf die Klage zunächſt gerichtet iſt. So wie man bei der Eigenthumsklage das Object des Rechts mit dieſem ſelbſt verwechſelt, da Eigenthum ſowohl das Recht als deſſen Gegenſtand bezeichnet, und ſtatt zu ſagen, man vindicire ſein Eigenthumsrecht, ſich kurz dahin ausdrückt man vindicire ſeine Sache z. B. ſeine Uhr, ſein Pferd, ſo verwechſelt man auch im Ausdruck Erbſchaftsklage die Bedeutung, da Erbſchaft ſowohl das Erbfolgerecht als den Nachlaß (hereditas im objectiven Sinn) bezeichnet, und ſtatt zu ſagen, man vindicire ſein Erbrecht, das Recht der Repräſentation eines Verſtorbenen in Bezug auf ſeine Vermögensverhältniſſe (vindicatio successionis in universum jus defuncti), drückt man ſich dahin aus, man vindicire den ganzen Nachlaß oder einen aliquoten Theil desſelben (hereditatis vindicatio)[107], während doch die Herausgabe des Vermögens erſt die Folge der ſiegreich durchgeführten Vindication des Erbrechts iſt[108]. Nur aus jener Auffaſſung des Erbrechts als der Repräſentation der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit eines Verſtorbenen erklären ſich die mannigfaltigen Erſcheinungen im Erbrecht, ſo die Untheilbarkeit desſelben[109], die unbedingte Accrescenz einer vacanten Erbportion (§. 560 a. b. G. B.)[110] u. ſ. w., ſo wie aus jener Auffaſſung der Erbrechtsklage allein es ſich erklärt, daß dieſelbe auch gegen den Erbſchaftsſchuldner, der unſer Erbrecht beſtreitet[111], ſo wie gegen den Beſitzer einer einzelnen Erbſchaftsſache gerichtet werden kann, natürlich ſtets vorausgeſetzt, daß in dem Beſitz der Sache zugleich eine Nichtanerkennung des Erbrechts liegt[112]. — Das Erbrecht iſt ſomit ein mit einer actio in rem

106) Ganz abgeſehen davon daß eine ſolche unkörperliche Sache, die das geſammte Vermögen bilden ſoll, gar nicht exiſtirt vgl. oben §. 57.

107) Vgl. die Stellen bei Böcking II §. 138 Note 14.

108) Gajus IV §§. 16. 17, Arndts Beiträge S. 14 fg., Böcking II S. 4.

109) Vgl. unten §. 67.

110) Vgl. Büchel Civilrechtl. Erörter. II S. 12.

111) Arndts Beiträge S. 28 Note 31.

112) l. 4 l. 9 l. 10 pr. D. de H. P. vgl. §. 823 a. b. G. B. Daraus erklärt es ſich auch warum gegen den Beſitzer einer einzelnen Erbſchaftsſache das ganze Erbrecht nachgewieſen werden muß. l. 10 §. 4 D. de H. P. l. 4 §. 4 D. si pars hered. (5, 4) Qui hereditatem vel partem hereditatis petit is non ex eo petitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure: et ideo sive ex asse heres sit totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte partem, licet tu totam hereditatem possideas.

(Realklage, dingliche Klage) geschütztes absolutes Recht. Wenn man demnach dieses absolute Recht „ein dingliches gegen einen Jeden, der sich der Verlassenschaft anmaßen will, wirksames Recht“ (§. 532 a. b. G. B.) nennt, so beruht diese Benennung auf einem verwerflichen und im Gesetzbuche selbst (§. 307) verworfenen Sprachgebrauch, wonach jedes absolute Recht ein dingliches Recht genannt wird.

B. Persönliche Rechte.

§. 62. Das dingliche Recht besteht in einem unmittelbaren Gewaltverhältniß zur Sache; zu dritten Personen steht der dinglich Berechtigte nur indirect und mittelbar in einem Rechtsverhältniß, nemlich insofern diesen dritten Personen die negative Verpflichtung obliegt, die Ausübung der Herrschaft über die Sache nicht zu stören. Es gibt aber auch Vermögensrechte, kraft welcher der Berechtigte direct und unmittelbar zu bestimmten Personen in einer rechtlichen Beziehung steht, vermöge deren diese bestimmte Person zu positiven oder negativen Handlungen verpflichtet ist, welche eine vermögensrechtliche Bedeutung haben. Das Recht von einer bestimmten Person zufolge besonderer sie verpflichtender Thatsachen gewisse Leistungen[1] zu fordern, welche einen Vermögenswerth in sich tragen oder sich auf einen solchen zurückführen lassen[2], heißt Forderungsrecht[3], im Gegensatz zu dem dinglichen Recht auch persönliches Recht (jus in personam, jus personale[4]), im Gegensatz zum dinglichen Sachenrecht

1) Über den Ausdruck „Leistung“ vgl. Savigny Obligat. R. I S. 9.

2) l. 9 §. 2 D. de statu lib. (40, 7) — ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt. l. 25 § 1 D. de O. et A. — ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contraxit —. Vgl. Savigny System I S. 369. 377 Obligationenr. I S. 9, Puchta Pandekt. §. 218. Daraus ergibt es sich daß die Definition des §. 864 a. b. G. B. viel zu weit ist, da das „angenommene Versprechen“ z. B. daß Jemand dem Andern das Porträt seiner Mutter zeigen werde, kein Vertrag ist der in juristischer Beziehung von Bedeutung wäre und in solchen Fällen wegen Mangels des pecuniären Interesses weder von einem Recht noch von einer Klage die Rede sein kann (vgl. oben §. 58 Note 6). Ausnahmsweise reicht jedoch auch ein Affectionsinteresse aus, um eine Obligatio zu begründen, vgl. oben §. 58 Note 7 und das Nähere im Obligationenrecht.

3) Das Forderungsrecht im objectiven Sinn (Forderungenrecht, Obligationenrecht) ist der Inbegriff der Rechtsnormen über die Forderungsrechte im subjectiven Sinn, also über die persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten.

4) Über die Ausdrücke jus in personam, jus personale vgl. Wächter Handb. §. 47 Note 2 und Erörter. Heft I S. 107—109. 111.

(jus in re) persönliches Sachenrecht (jus ad rem). Doch ist dieser letztere Ausdruck (Recht zu einer Sache, persönliches Sachenrecht), welcher früher allgemein gebraucht wurde[5] und sich auch im österreichischen Gesetzbuch wieder findet (§. 307 und Überschrift zur 2. Abth. des II. Thls) zu eng[6], da er nur solche Leistungen umfaßt, welche dem Berechtigten eine (körperliche) Sache verschaffen, also Sachleistungen im weitern Sinn (Geben im weitern Sinn), somit nur die eine Hälfte der Leistungen bezeichnet, während die ganze andere Hälfte des Leistungsgebiets, welche im Thun (facere) besteht, durch jenen Ausdruck nicht getroffen wird[7].

Während durch das dingliche Recht ein Band um die Person und die Sache geschlungen wird, ist durch das körperliche Recht ein Band um die berechtigte und verpflichtete Person (Gläubiger und Schuldner, creditor und debitor) geschlungen, so daß diese Personen nunmehr in einer besondern unmittelbaren und directen Beziehung zu einander stehen[8]. Dieses juristische Band, welches Gläubiger und

---

5) Der Ausdruck jus ad rem (sc. praestandam) stammt aus dem canonischen Recht (c. 40 in VI. de praeb. 3, 4 c. 8 in VI. de concess. praeb. 3, 7 Clem. cap. un. de seq. possess. 2, 6), wo er gebraucht wird um zu bezeichnen, daß die bloße Ernennung eines Pfründners ohne Vacanz der Pfründe oder Investitur noch kein jus in re gewähre.

6) Vgl. Wächter Erörter. Heft I S. 122. 123 Handb. II §. 47 Note 15, Vangerow I S. 489, Heimbach im Rechtslex. Bd VII Art. Obligatio (S. 402 fg.) S. 444, Schilling Institut. II §. 89 Note f. Was unsere Schriftsteller geben, ist häufig nur eine Paraphrase der Bestimmung des §. 307 a. b. G. B., nur noch unbefriedigender gefaßt, so z. B. die Erklärung Winiwarter's II S. 27 „die persönlichen Rechte bestehen in einer Befugniß, welche auf die Sache nur mittelbar, vermittelst der schuldigen Leistung nemlich ausgeübt wird:" wie soll diese an sich fehlerhaft stilisirte Definition auf Leistungen, welche in einem Thun bestehen, z. B. auf die Verpflichtung Jemanden zu unterrichten angewendet werden? — Richtiger gefaßt ist §. 859 a. b. G. B.

7) Daher theilten manche ältere Schriftsteller die persönlichen Rechte in jura personalia in specie und in jura ad rem ein; z. B. Daries Instit. jur. priv. §. 34, ebenso das preuß. Landrecht I 2 §§. 123. 124, vgl. Koch Recht der Forderungen I S. 6. 7 und Savigny System I S. 272 Note h.

8) Die richtige Auffassung des Forderungsrechts wird nur getrübt, wenn man, wie dieß öfters geschieht (vgl. z. B. Schilling Institut. I §. 46 Note o) die Behauptung aufstellt, daß auch die Forderungsrechte mittelbar eine absolute Wirksamkeit haben, da „neben dem im Forderungsrecht liegenden besonderen Rechtsverhältniß in Folge desselben auch ein allgemeines Rechtsverhältniß stattfinde, dahin nemlich, daß Niemand jenes besondere Rechtverhältniß stören solle." Ein solches allgemeines Rechtsverhältniß existirt gar nicht; es gibt keine Verpflichtung dritter Personen den Obligationsnexus, der von dritten Personen überhaupt gar

Schuldner umſchlingt, dieſes beſondere Rechtsverhältniß, in welchem dieſe Perſonen zu einander ſtehen heißt κατ' ἐξοχήν obligatio[9] und in ſo fern nennt man das Forderungsrecht auch Obligationsrecht, und die Verpflichtung des Schuldners ſelbſt Obligation[10]. In dieſem letztern Sinn muß der techniſche Ausdruck Obligatio als Verpflichtung des Schuldners aus einem perſönlichen Rechtsverhält-

nicht verletzt werden kann, zu ſtören: es beſteht nur die allgemeine Verpflichtung eine fremde Perſon in ihrer freien Thätigkeit nicht zu ſtören.

9) pr. I. de obl. (3, 13 [14]) Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis leges. l. 3 pr. D. de D. et A. (44, 7). Obligare heißt überhaupt binden, feſſeln. Wo immer alſo ein Gefeſſeltes, Gebundenes vorhanden iſt, kann der Ausdruck obligari, obligatio gebraucht werden. So vor allem vom gebundenen Willen; in dieſem weiteren Sinn iſt jede Verpflichtung, da durch ſie der Wille gebunden wird, eine obligatio. In ſo fern kann man von jenem, der zur Entrichtung einer Steuer verpflichtet iſt ſagen, er ſei obligatus (l. 3 pr. D. de cens. 50, 15); ebenſo von jenem, der zur Erbittung eines Vormunds verpflichtet iſt (l. 4 Th. C. qui petant 4, 18) u. ſ. f. Für die Gebundenheit des Willens hat ſich aber der Ausdruck obligatio im römiſchen Recht nur in ſo fern als techniſcher feſtgeſetzt, als es ſich um eine Verpflichtung handelt, welche einem perſönlichen Recht entſpricht. — Aber auch von Sachen kann man ſglücklich ſagen, ſie ſeien frei oder gebunden (obligirt), jenachdem ein rechtliches Band um ſie und eine berechtigte Perſon geſchlungen iſt oder nicht; ſo ſprach man im älteren römiſchen Recht vom nexum aes und definirte es (Festus s. h. v.) als pecunia quae per nexum obligatur (vgl. Bachofen Das nexum, die nexi und die lex Petillia S. 484); ſo konnte man bei den Servituten von der dienenden Sache ſagen, ſie ſei obligirt, da res non homo servitutem debet (l. 6 §. 2 D si serv. vindic. 8, 5) und das Prädium im Fall der l. 7 pr. D. de publ. (39, 4) obligirt nennen u. ſ. f. Für Sachen hat ſich aber der Ausdruck obligari als techniſcher nur in Beziehung auf das Pfandrecht feſtgeſetzt. Dieſer Ausdruck ſoll hier gerade bezeichnen, daß die Sache es iſt, auf welcher das Recht haftet, d. h. das Pfandrecht ein dingliches Recht ſei. Wenn neuere Schriftſteller (ſ. den vorigen § Note 82) aus dieſem Ausdruck res obligatur rei (obligatio u. ä. m.) haben ableiten wollen, daß das Pfandrecht kein dingliches Recht, ſondern ein wirkliches Forderungsrecht ſei, mit dem Unterſchied daß hier nicht eine Perſon, ſondern eine Sache das verpflichtete Subject ſei, ſo beruht dieſe Annahme auf einer völligen Verkehrung der Sache, indem hierbei von der ganz willkürlichen Vorausſetzung ausgegangen wird, der Begriff obligatio ſei von allem Anfang an und mit innerer Nothwendigkeit innerhalb der Sphäre der perſönlichen Rechtsverhältniſſe entſtanden und könne nichts anderes als ein Forderungsrecht bedeuten, während doch umgekehrt der Ausdruck obligatio jede Gebundenheit bezeichnet und nur allmälig für an ſich ganz verſchiedene Fälle eine techniſche Bedeutung erlangt hat. Vgl. auch Heimbach im Rechtslex. VII S. 403. 404.

10) l. 36 D. de R. C. — obligatio tua adversus me. Auch das Recht des Gläubigers wird obligatio genannt (adquirere obligationem). Über andere Bedeutungen, in welchen der Ausdruck obligatio gebraucht wird, ſ. Hugo Civil. Mag. Bd III Nr. 20, Riedel ebendaſ. V Nr. 3, Savigny Oblig. R. I §. 3, Arndts §. 204 Anm. 3.

niß von dem viel weitern Ausdruck Verpflichtung, Verbindlichkeit überhaupt, wohl unterschieden werden, da letzterer Ausdruck jede Verbindlichkeit umfaßt, ersterer dagegen nur jene Verpflichtung bezeichnet, welche dem persönlichen Rechte entspricht[11]. Der Mangel der gehörigen Unterscheidung der technischen Bedeutung des Ausdrucks Obligatio von der vulgären Bedeutung desselben hat früher zu vielfacher Verwirrung Anlaß gegeben[12].

Das persönliche Recht gibt dem Berechtigten die Befugniß von dem Verpflichteten gewisse Leistungen zu verlangen. Durch das persönliche Recht wird somit einerseits nicht so wie durch das dingliche Recht ein unmittelbares Gewaltverhältniß zu einer Sache begründet, nur mittelbar kann in manchen Fällen durch die Erfüllung der Obligation also in Folge derselben ein Gewaltverhältniß zur Sache entstehen[13]; andrerseits aber gibt das persönliche Recht auch keine Gewalt über die Person, denn durch das persönliche Recht wird nicht die Person in ihrer Totalität dem Berechtigten unterworfen, sondern ihr Wille muß sich zu Gunsten des Berechtigten in einer bestimmten Weise äußern. Durch das persönliche Recht wird somit eine bestimmte Person genöthigt ihrem Willen eine gewisse Richtung zu geben und denselben äußerlich zu verwirklichen d. h. bestimmte (positive oder negative) Handlungen vorzunehmen. Mögen dieser Handlungen, zu deren Vornahme der Verpflichtete kraft des persönlichen Rechts genöthigt ist, noch so viele sein, nie wird durch sie die Freiheit des Verpflichteten aufgehoben[14]: vielmehr setzt die Forderung jeder einzelnen Leistung die Anerkennung des Schuldners als eines selbständig Willensberechtigten voraus, während die Unterwerfung der Person in ihrer vollen Totalität als Sclave die Selbständigkeit des Willens gänzlich negirt. Von den Familienverhältnissen unterscheidet sich das Obligationsverhältniß aber nicht nur dadurch, daß die Leistungen aus letzterem Verhältniß eine vermögensrechtliche Natur haben und in der Regel genau bestimmt und häufig bloß vorübergehend sind,

11) Daher wird z. B. die Verpflichtung fremdes Eigenthum anzuerkennen, also die allgemeine negative Verpflichtung, welche dem dinglichen Recht entspricht, der obligatio entgegengesetzt; §. 1 I. de act. (4, 6).

12) Vgl. hierüber Schilling II §. 89 Grinner. 2, Savigny Obl. R. I S. 12. 13, Koch Recht der Forder. I §. 2.

13) Vgl. Savigny System I S. 339. 372—374.

14) Savigny Obl. R. I S. 6. 7.

ſondern insbeſondere dadurch, daß das Familienverhältniß den Menſchen nach einer ganzen Seite ſeiner natürlichen und ſittlichen Individualität ergreift, während die Obligation immer nur das rein juriſtiſche Element des Willens betrifft[15].

Das perſönliche Recht gewährt dem Berechtigten nicht eine Herrſchaft über eine Handlung[16], ebenſowenig ein Recht an einer Handlnng[17]; denn die Handlung iſt als Äußerung des Willens als Thätigkeit etwas Vorübergehendes, Momentanes, Verſchwindendes, wenn auch das durch ſie Geſetzte ein Bleibendes ſein mag. Die Handlung als Thätigkeit iſt nichts Sinnliches, Bleibendes, Greifbares, das beherrſcht werden könnte, woran man eine Macht ausüben könnte. Der Berechtigte hat nur ein Recht auf die Handlung[18], ein Recht darauf, daß der Verpflichtete ſeine Cauſalität in der fraglichen Richtung äußere, daß er ſeine Thätigkeit in der beſtimmten Weiſe geltend mache[19]. Man kann daher bei der Obligatio nicht in demſelben Sinn wie beim dinglichen Recht von einem unmittelbaren Gegenſtand des Rechtes ſprechen und ſagen, während das dingliche Recht zu ſeinem unmittelbaren Gegenſtand eine Sache habe, habe das perſönliche Recht zu ſeinem unmittelbaren Gegenſtand eine Handlung. Dieſer Ausdrucksweiſe, die allerdings ſehr häufig iſt, liegt ein Mangel gehöriger Unterſcheidung der verſchiedenen Bedeutungen des Ausdrucks Gegenſtand zu Grunde[20]. Was man hier Gegenſtand des

---

15) Göſchen Vorleſ. I S. 363. 364, Savigny Obl. R. I §. 4; vgl. auch oben §. 24.

16) So ſtellt Savigny Syſtem I S. 339. 369. 374 Obl. R. 2—4 die Obligatio als Herrſchaft über eine Handlung, als Herrſchaft über einzelne aus der Freiheit des Handelnden ausſcheidende Handlungen dar. Ebenſo Fritz Erläuterungen I S. 55.

17) So faßt bekanntlich Puchta die Obligatio auf.

18) Vgl. hierüber insbeſondere die Ausführungen von Brinz Kritiſche Blätter civiliſtiſchen Inhalts Nr. 3 (1853) S. 3 fg.

19) Denn das Recht geht darauf ut aliquid fiat; es iſt von einem faciendum, nicht einem factum die Rede, und man kann daher nur von einem Recht auf die Handlung, nicht von einem Recht an der Handlung ſprechen; vgl. Sintenis in der Zeitſchr. f. Civilr. und Proc. Bd XIX S. 54.

20) Vgl. oben §. 59 Note 4. Dagegen ſteht der Ausdrucksweiſe, die auf eine Sachleiſtung gerichtete Obligatio habe zu ihrem unmittelbaren Gegenſtand die Handlung, zum mittelbaren Gegenſtand die Sache, nichts im Wege, da hier in beiden Fällen der Ausdruck Gegenſtand dasjenige bedeutet was mittelſt des perſönlichen Rechts gefordert und erlangt wird.

persönlichen Rechts nennt, das ist vielmehr der Inhalt desselben; daher kommt es, daß während man beim dinglichen Recht Gegenstand und Inhalt unterscheiden kann und trotz der Identität des Gegenstandes das dingliche Recht nach Verschiedenheit des Inhalts ein verschiedenes ist, beim persönlichen Recht mit der Verschiedenheit des Inhalts auch der Gegenstand wechselt, was eben ein Zeichen ist, daß sich Gegenstand und Inhalt hier nicht in der Art wie bei dem dinglichen Recht unterscheiden lassen.

Aus dem Begriff des Forderungsrechtes ergibt es sich, daß es seiner Natur nach von dem dinglichen Recht wesentlich verschieden sei. Diese Verschiedenheit macht sich in den wichtigsten praktischen Beziehungen geltend:

1) Während das dingliche Recht zu seinem Inhalt die Befugniß des Berechtigten zur unmittelbaren Vornahme von Handlungen an der fraglichen Sache hat und daher ohne Dazwischenkunft dritter Personen ausgeübt werden kann, setzt umgekehrt das persönliche Recht gerade die Dazwischenkunft einer bestimmten Person voraus und läßt sich, da es in dem Recht auf die bestimmte Handlung einer gewissen Person besteht, gar nicht ohne dieselbe denken[21].

2) Während beim dinglichen Recht der Berechtigte nur nachzuweisen hat, daß er in dem fraglichen unmittelbaren Gewaltverhältniß zur Sache stehe, woraus sich dann von selbst ergibt, daß jeder Dritte dieses Verhältniß respectiren müsse, hat der Berechtigte beim obligatorischen Nexus einen bestimmten Verpflichtungsgrund der bestimmten Person, ein factum obligatorium nachzuweisen, aus welchem gerade diese Person eine Leistung schuldig sei. Ohne die Existenz einer besondern obligatorischen Thatsache kann ein obligatorisches Verhältniß gar nicht gedacht werden[22]. Während die dem dinglichen Recht ent-

21) Dem steht nicht entgegen daß in manchen Obligationsverhältnissen der Berechtigte zur Vornahme von Handlungen in Bezug auf eine Sache befugt sein mag, z. B. der Pächter zur Beziehung der Früchte aus der gepachteten Sache; denn die Vornahme dieser Handlungen ist erst die Folge der Obligatio, vermöge deren der Verpflichtete z. B. der Verpächter dem Berechtigten die Vornahme dieser Handlungen z. B. die Bewirthschaftung der Sache gestatten muß. Der Pächter hat nur das Recht von der bestimmten Person und ihren Universalnachfolgern (vgl. l. 32 D. loc. 19, 2) zu fordern, daß sie ihm gestatten die Sache zu bewirthschaften und Früchte aus ihr zu ziehen; von andern Personen z. B. dem Käufer oder Legatar des Grundstücks kann er dieß nicht fordern. Vgl. Bangerow I S. 389 lit. a.

22) §. 4 I. de act. (4, 6) — semper agit unusquisque aut cum eo qui ei

springende Verbindlichkeit nur eine Folge dieses Rechtes ist, welche von selbst eintritt, sobald das Recht existirt, gehört umgekehrt die Verbindlichkeit einer bestimmten Person zum Wesen des persönlichen Rechts.

3) Daher ist bei persönlichen Rechten die verpflichtete Person schon im vorhinein bestimmt; bei diesem Rechtsverhältniß ist im vorhinein der Gegner bezeichnet, gegen welchen wegen Verletzung des Rechts d. h. hier wegen Nichterfüllung der Obligatio geklagt werden kann, während beim dinglichen Recht sich die Person des Gegners erst durch die Verletzung des Rechts bestimmt. Beim persönlichen Recht ist mit dessen Entstehung zugleich der Gegner gegeben, der es verletzen kann: beim dinglichen Recht existirt nur erst das Recht durch dessen Verletzung ein Gegner entstehen kann. Das Gesagte gilt selbst bei jenen Obligationen, welche aus Delicten entstehen, da auch hier im Moment der Verletzung die Obligatio entsteht, welche nunmehr erst selbst wieder verletzt werden kann[23].

4) Während das dingliche Recht seiner Natur nach auf die Dauer berechnet ist und seinen Untergang von außen her erhält, trägt das persönliche Recht dagegen den Keim seines Untergangs in sich. Indem die Obligatio erfüllt wird, und daß sie erfüllt werde ist ihr Zweck,

---

obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio —. Vgl. Seuffert Pandekt. I §. 23. — Das Eintreten dieser rechtserzeugenden Thatsache kann ohne Mitwirkung des Berechtigten oder Verpflichteten oder Beider geschehen; so z. B. entsteht für den Beschädigten ohne sein Zuthun eine Obligatio auf Schadenersatz; so ist an die Thatsache daß der Vater in Dürftigkeit geräth, die Verpflichtung der Kinder ihn zu ernähren geknüpft u. s. f. Von solchen Fällen ist es zu verstehen, wenn das österreichische Gesetzbuch in minder passender Weise von dem unmittelbaren Entstehen einer Obligatio aus dem Gesetz (§. 807 §. 859) spricht. Unmittelbar aus dem Gesetz entspringt (außer bei Privilegien) gar kein subjectives Recht: man muß Vater sein und in Dürftigkeit gerathen, man muß beschädigt worden sein u. s. f., damit eine Obligatio entstehe. Mit jenem Ausdruck soll also nur gesagt werden, es trete in diesen Fällen der Erwerb einer Forderung ohne Zuthun des oder der Betheiligten ein, das Gesetz knüpfe an die Existenz gewisser Thatsachen unmittelbar die Entstehung einer Obligatio: in solchen Fällen entsteht aber die Obligatio ebensowenig unmittelbar aus dem Gesetz als dann wenn ein Vertrag den Entstehungsgrund der Obligatio ausmacht; vgl. oben §. 4 a. E.

23) Savigny V S. 46 meint zwar, daß bei Delictsobligationen die Verletzung mit der Entstehung der Obligatio zusammenfalle; allein er verwechselt hierbei die Verletzung (Delict) aus welcher die Obligatio entsteht und die Verletzung der Obligatio selbst d. h. die Nichterfüllung der Obligatio ex delicto; vgl. Arndts Pand. §. 97 Anm. 2.

geht sie unter. Die wirkliche Leistung ist der Tod der Obligation: die solutio ist Erfüllung und zugleich Lösung. Die Obligatio ist daher ihrer Natur nach etwas Vergängliches und es wird hieran auch durch den Umstand nichts geändert, daß manches Obligationsverhältniß auf eine längere Dauer angelegt ist und eine ausgedehntere Reihe von Leistungen in sich enthält wie z. B. die Societät, die Geschäftsführung u. s. w., denn mit der Erreichung des Societätszwecks, mit der Vollführung des Geschäfts erreicht früher oder später das obligatorische Verhältniß sein Ende[24]. — Während ferner das dingliche Recht in einer rechtlich begründeten und rechtlich geschützten physischen Herrschaft über eine Sache besteht, kommt beim persönlichen Rechte nichts vor, woran sich eine physische oder auch überhaupt nur eine Herrschaft geltend mache ließe, und während das dingliche Recht eine fortgesetzte Ausübung ohne Erschöpfung seines Inhalts zuläßt wird das persönliche Recht mit seiner Ausübung zerstört. Während daher bei dinglichen Rechten Besitz und Ersitzung möglich ist, kann am Forderungsrecht weder Besitz noch Ersitzung stattfinden[25].

5) Das dingliche Recht besteht in einem unmittelbaren Gewaltverhältniß zur Sache. Diesem rechtlichen Verhältniß liegt ein physisches Verhältniß zu Grunde: die rechtliche Herrschaft ist eine im Rechte begründete, durch das Recht geschützte physische Herrschaft über die Sache. Beim dinglichen Rechte ist um den Berechtigten und die Sache auch ein physisches Band geschlungen; deßhalb ist hier eine Verletzung durch Dritte möglich, der Dritte kann die physische Herrschaft stören, das physische Band lösen. Das persönliche Recht da-

---

24) Zu absolut und unbedingt drückt sich Hugo Civil. Mag. I S. 204 fg. IV S. 24 fg. aus; vgl. Mühlenbruch Cession S. 16, Schilling I §. 16 Nr. 8, Wächter II §. 47 Note 4.

25) Freilich hat man früher häufig auch an Obligationen Besitz angenommen und mit dem Besitz die Möglichkeit der Ersitzung des Forderungsrechts, so z. B. Dabelow Lehre von der Verjährung (1807) I S. 440, Gesterding Alte und neue Irrthümer Nr. 1 u. A. Von dieser verkehrten Annahme, wodurch dem Besitz und der Ersitzung der praktische Boden entzogen und an die Stelle realistischer Auffassung eine leere theoretische Abstraction gesetzt wird, ist man heutzutage allgemein zurückgekommen. Es wird später ausführlicher gezeigt werden, daß auch nach österr. Recht an Forderungsrechten weder Besitz noch Ersitzung stattfinde, indem die Bestimmung des §. 313 a. b. G. B. lediglich von Servituten und Reallasten zu verstehen ist.

gegen iſt ein rein geiſtiges Band: der Schuldner kann die Obligatio verletzen, auch der Gläubiger kann dieß, dritte Perſonen aber können das um dieſe zwei Perſonen geſchloſſene geiſtige Band nicht berühren[26]. Daraus ergeben ſich wichtige Conſequenzen[27], gegen welche von manchem öſterreichiſchen Schriftſteller in empfindlicher Weiſe verſtoßen wird[28]. Wenn A dem B Geld ſchuldet und C maßt ſich das Forderungsrecht an, indem er ſich für den Gläubiger ausgibt, oder die Summe erhebt indem er fälſchlich vorgibt er ſei hierzu berechtigt u. ſ. w., ſo trifft dieſe Verletzung nur den A nicht den B; dieſer hat gegen C gar kein Rechtsmittel, ſondern er behält ſeine Forderung gegen A. Wenn ein Dritter mit Gewalt dem Schuldner hindert mir zu zahlen oder auch die Zahlung in Empfang zu nehmen, ſo mag ich oder mein Schuldner eine perſönliche Klage aus dieſer Verletzung zum Schutz unſerer Perſönlichkeit haben (z. B. eine actio injuriarum), aber mein Verhältniß zum Geldſchuldner wird dadurch nicht im entfernteſten berührt[29].

6) Kraft des perſönlichen Rechts tritt der Berechtigte nur mit einer beſtimmten Perſon in Beziehung, welche ſich darin geltend macht, daß er von dem Verpflichteten eine Leiſtung zu fordern berechtigt iſt. Wenn daher eine Sache Gegenſtand der Leiſtung iſt, ſo erwirbt der Gläubiger aus dem bloß perſönlichen Rechtsverhältniſſe noch kein Recht an der Sache ſelbſt: er hat bloß ein Recht von dem Schuldner zu fordern, daß dieſer ihm die Sache verſchaffe[30]. Hätte nun der Schuldner mittlerweile dieſe Sache veräußert, ſo kann der Gläubiger nicht gegen den Dritten auftreten, da einerſeits ſein Anſpruch eben nicht auf der Sache haftet d. h. kein dinglicher und daher

---

26) Nur mittelbar iſt ein Einfluß durch dritte Perſonen auf das Obligationsverhältniß in ſo weit möglich, als durch ſie die Sache, welche den mittelbaren Gegenſtand der Leiſtung bildet, zerſtört oder geſtohlen wird; vgl. l. 44 pr. D. de furt. (47, 2).

27) Vgl. hierüber insbeſ. Wächter Handb. II S. 306 Note 18 und Bruns Recht des Beſitzes im Mittelalter und der Gegenwart S. 214 fg., ſ. auch unten §. 63 Note 27.

28) Vgl. z. B. die im vorigen § Note 61 angef. Behauptung Rippel's.

29) Ganz anders verhält ſich die Sache rückſichtlich der Reallaſten, da dieſe eben keine rein obligatoriſchen Verhältniſſe ſind; vgl. unten §. 63 Note 27.

30) l. 3 pr. D. de O. et A. Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid aut faciendum aut praestandum.

kein abſoluter iſt, andererſeits aber der obligatoriſche Grund ſich nicht auf den Dritten erſtreckt, mit dem der Gläubiger in gar keinem perſönlichen Rechtsverhältniß ſteht. Es bleibt ihm nur übrig den Schuldner dahin zu belangen, daß er ihm die Sache verſchaffe oder wenn er dieſes nicht vermag, ihm Entſchädigung leiſte[31]. Wenn daher von zwei Käufern dem zweiten die Sache zuerſt übergeben wurde, ſo bleibt dem erſten Käufer nur ein perſönlicher Anſpruch auf Entſchädigung gegen den wortbrüchigen Verkäufer übrig; der zweite Käufer aber iſt und bleibt Eigenthümer und es kann auf die bona oder mala fides desſelben durchaus nicht ankommen[32]. Hierin liegt ein wichtiger Unterſchied des perſönlichen Rechts von dem dinglichen. Während nemlich das perſönliche Recht, deſſen mittelbarer Gegenſtand eine Sache iſt, nur gegen die beſtimmte verpflichtete Perſon wirkſam iſt, iſt das dingliche Recht abſolut gegen jeden Dritten wirkſam. Man pflegt dieß gewöhnlich dahin auszudrücken, das dingliche Recht ſei ſtärker als das perſönliche[33], Kauf bricht Miethe[34] (§. 1120 a. b. G. B. l. 9 C. loc. 4, 65).

7) Während das dingliche Recht in der Regel unbeſtimmt gegen dritte Perſonen gerichtet iſt, iſt das perſönliche Recht in der Regel nur gegen eine beſtimmte Perſon gerichtet und trägt daher regelmäßig den Charakter der Relativität an ſich, während dem dinglichen Recht in der Regel der Charakter der Abſolutheit zukommt. Aber auch dieſe Regel hat ihre Ausnahmen. Es kann nemlich bei manchen perſönlichen Rechtsverhältniſſen dem Verpflichtungsgrund, dem factum obligatorium eine allgemeinere Beziehung und Ausdehnung gegeben werden, ſo daß jede Perſon welche in den Kreis dieſer Beziehung tritt durch das obligatoriſche Band ergriffen wird. In ſolchen Fällen iſt das perſönliche Recht unbeſtimmt gegen dritte Perſonen gerichtet

---

31) l. 6 C. de hered. vend. (4, 39) l. 15 C. de R. V. (8, 32).

32) §. 430 a. b. G. B.; vgl. meine Beſprechung des ſächſ. Entw. S. 193, womit ſich auch Stubenrauch I S. 846. 847 einverſtanden erklärt.

33) Ein wirklicher Colliſionsfall zwiſchen dem dinglich Berechtigten und dem perſönlich Berechtigten iſt hier aber nicht vorhanden; vgl. unten §. 70 I Nr. 4.

34) Nur drückt dieſe Parömie das Richtige was ſie ſagen will falſch aus. Denn dadurch, daß der Käufer Eigenthümer wird, hört das alte Beſtandverhältniß nicht auf; es wird nur factiſch geſtört, indem der neue Eigenthümer dem Pächter oder Miether die Sache entzieht, es wird aber juriſtiſch nach wie vor gegen den Beſtandgeber geltend gemacht; vgl. Kierulff S. 236 Note *, Böcking I §. 129 Note 27.

und hat somit jene Wirksamkeit, welche in der Regel dem dinglichen Rechte zukommt, ohne daß man aber deßhalb berechtigt wäre von einer Verwandlung des persönlichen Rechts in ein dingliches zu sprechen, wie es das österreichische Gesetzbuch thut (vgl. den vorhergehenden §). Solcher Fälle gibt es im römischen Recht[35] mehrere, Fälle in denen die verpflichtete Person durch den Besitz einer Sache bestimmt wird, und zwar entweder so daß jeder Besitzer der Sache, durch welche zunächst die Obligatio begründet wurde, die persona obligata ist[36], oder so, daß jede Person die verpflichtete ist, welche die Sache, die den Gegenstand des Forderungsrechts ausmacht, in die Hände bekommt[37]. Einige von diesen Fällen sind in das österreichische Recht übergegangen[38]. Das bürgerliche Gesetzbuch fügt aber noch einige andere Fälle dieser Art hinzu, indem es der Eintragung eines persönlichen Rechts in die öffentlichen Bücher in gewissen Fällen die Wirkung beilegt, daß das persönliche Recht dadurch den Charakter eines absoluten Rechtes erhält. So wird das Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht (§. 1070. §. 1073. §. 1079 a. b. G. B.), die Verpfändung stehender Früchte (§. 456 a. b. G. B.), das Recht des Bestandnehmers (§§. 1095 und 1120 a. b. G. B.) durch Intabulation zu einem auch gegen den Singularsuccessor in das fragliche Grundstück wirksamen Recht. Hier entsteht nun die überaus wichtige und schwierige Frage, ob die so eben angeführten Fälle als singuläre Erscheinungen oder als Ausfluß des leitenden Princips anzusehen seien, daß jedem persönlichen Recht durch Eintragung in die öffentlichen Bücher die Wirksamkeit eines absoluten Rechts verschafft werden könne; hieran schließt sich die weitere Frage, ob die Wirkung jener Eintragung darauf zu be-

---

35) Auch das deutsche Recht kennt solche Fälle (vgl. Gerber System §. 156), so bei der Forderung aus dem Retractrecht (Gerber System §. 176), bei der Verbindlichkeit zur Zahlung einer Lehens- oder Fideicommißschuld u. ä. m.

36) So z. B. bei der Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, welchen ein Thier oder ein Sclave angerichtet hat (Noxalklagen l. 1 §. 17 D. si quadr. pauper. 9, 1 l. 7 pr. D. de nox. act. 9, 4), bei der Verpflichtung zur Wiederherstellung des vorigen Zustands bei widerrechtlicher Veränderung des Wasserlaufs (actio pluviae arcendae l. 12 D. h. t. 39, 3).

37) So z. B. bei der Obligatio auf Zurückgabe der abgezwungenen Sache (l. 14 §. 8 D. quod met. 4, 2), bei der Verpflichtung zur Vorzeigung oder Herausgabe einer Sache (actio ad exhibendum l. 3 §. 15 l. 4 l. 7 §. 3 D. h. t. 10, 4).

38) Das Nähere hierüber wird im besondern Theil gegeben werden.

ſchränken ſei, daß das perſönliche Recht dieſen abſoluten Charakter erhält, welcher ſonſt nur dem dinglichen zukommt, oder ob das eingetragene perſönliche Recht in allen ſeinen Wirkungen einem dinglichen Rechte gleichzuſtellen ſei, ſo daß alſo auch die mittlerweile auf die Sache gelegten Laſten mit der Geltendmachung des intabulirten perſönlichen Rechts hinwegzufallen hätten. Dieſe für unſer heutiges Rechtsleben ſo überaus wichtige Frage, welche in der angegebenen principiellen Faſſung bisher von unſeren öſterreichiſchen Schriftſtellern noch gar nicht einmal aufgeworfen wurde, kann erſt im beſondern Theile ihre Erledigung finden.

So wie zum Schutze des dinglichen Rechts die dingliche Klage dient, ſo dient zum Schutze des perſönlichen Rechts die perſönliche Klage[39] (Perſonalklage, actio in personam, actio im engſten Sinn). Die Klage iſt für das perſönliche Recht von ganz beſonderer Wichtigkeit, da das perſönliche Recht eben nur darauf gerichtet iſt, daß der Verpflichtete etwas leiſte[40], das perſönliche Recht alſo ohne Willen und Dazwiſchenkunft der verpflichteten Perſon nicht ausgeübt werden kann, dieſe Dazwiſchenkunft der verpflichteten Perſon aber, wenn ſie nicht freiwillig leiſtet, nur auf dem gerichtlichen Wege erzwungen werden kann[41]. Nach der Natur des Rechts muß ſich die Natur der Klage richten, da die Klage nur ein Ausfluß des Rechts, eine Seite desſelben iſt[42]. Da nun das perſönliche Recht in der Regel ein relativ wirkſames iſt, ſo wird auch die perſönliche Klage in der Regel nur gegen die beſtimmte verpflichtete Perſon[43] und deren Erben, auf

---

39) §. 1 I. de act. (4, 6) Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere et aliis quibusdam modis —.

40) §. 1 §. 15 I. de act. (4, 6) l. 25 pr. D. de O. et A. l. 178 §. 2 D. de V. S. Vgl. Savigny V §. 206 fg.

41) Daher wird in den römiſchen Quellen ſo oft actio für obligatio geſetzt und die naturalis obligatio, weil ſie nicht mit einer Klage verfolgt werden kann, nur uneigentlich zu den Obligationen gerechnet l. 10 D. de V. S. l. 16 § 4. D. de fidejuss. 46, 1); vgl. Hugo im Civiliſt. Magaz. IV S. 18 fg., Heimbach im R. L. VII S. 412. — Auch der deutſche Ausdruck Forderung enthält den Begriff des gerichtlichen Anforderns des Klagerechts; vgl. Brinz a. a. O. S. 10. 11.

42) Theophil. Paraphr. III 14 pr. *μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί.*

43) l. 25 pr. D. de O. et A. — In personam actio est qua cum eo agi-

welche alle Repräsentanten des Verstorbenen in der Regel auch die Verbindlichkeiten übergehen, angestellt werden können. So wie aber das persönliche Recht in gewissen Fällen unbeschränkt wirksam ist, so kann in diesen Fällen auch die persönliche Klage unbeschränkt gegen dritte Personen angestellt werden[44]; sie hört aber deßhalb nicht auf eine persönliche Klage zu sein[45], sondern sie wird nur zu einer absolut wirksamen indem sie gegen jeden Besitzer der betreffenden Sache angestrengt werden kann[46]. — Aus einem persönlichen Rechtsverhältniß kann unter Umständen auch eine sogenannte Präjudicialklage angestrengt werden, d. h. eine Klage, welche nicht auf sofortige Verurtheilung zur Erfüllung, sondern nur auf Anerkennung der Obligatio als eines zu Recht bestehenden Verhältnisses gerichtet ist[47]. Diese

---

mus qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet.

44) Hiernach stellt sich der Satz semper adversus eundem locum habet (l. 25 pr. cit.) als zu allgemein dar. Vgl. Schmidt (von Ilmenau) Civilistische Abhandlungen (1844) Nr. I „Über die Natur der s. g. in rem scriptae actiones" insbes. S. 21. 47 fg.

45) Aus einem persönlichen Recht kann niemals eine Vindicationsklage entspringen; l. 27 §. 2 D. de aur. et arg. leg. (34, 2) vgl. Mühlenbruch Lehre von der Cession S. 20. Gegen diesen Satz hat Nippel in der öfters angef. Abhandl. in empfindlicher Weise verstoßen. Ebenso beruht es auf einer vollkommenen Verwirrung der Begriffe, wenn Schuster Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1835 I Nr. VI die Thesis aufstellt, daß die persönlichen Klagen, womit man seine Sache vom Miether, Commodatar u. s. f. zurückfordert „begünstigte Vindicationsklagen" seien und dieß (S. 450. 454) damit zu rechtfertigen sucht, „daß diese Klagen deßhalb nicht als rein persönliche betrachtet werden können, weil letztere auf eine Leistung gerichtet seien d. h. damit der Beklagte ein Recht auf eine Sache, die uns bis jetzt nicht (?) gehört hat, durch die Übergabe begründe (arg. §. 864 a. b. G. B.); in jenen Fällen aber nicht auf Übertragung eines solchen Rechts, sondern auf Anerkennung eines uns bereits zustehenden Rechts auf eine Sache, somit (?) Rückstellung derselben gedrungen werde; darin bestehe der eigentliche Charakter einer Vindicationsklage und jene Klagen sind daher ihrem Inhalt nach Eigenthumsklagen jedoch von begünstigter Art, indem der Kläger vom Beweise des ihm zustehenden Eigenthumsrechts befreit sei" — „man vindicirt daher mit den aus jenen Verträgen entspringenden Klagen sein Eigenthum." Schuster behauptet, daß das Gleiche schon nach röm. Recht gelte und führt für diese kühne Thesis einen der merkwürdigsten Beweise (S. 451—454).

46) Für einen dieser Fälle (die actio quod metus causa) findet sich einmal in den römischen Quellen der Ausdruck actio in rem scripta (l. 9 §. 8 D. quod metus 4, 2); diesen Ausdruck hat man später generalisirend als technischen auf alle Fälle angewendet, in welchen eine persönliche Klage nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt ist; vgl. insbes. Schmidt in der angef. Abh., Savigny V S. 24—26, Puchta Vorles. I S. 475, Arndts Pandekt. §. 97 Anm. 4.

47) Vgl. insbes. Unterholzner Quellenmäßige Zusammenstellung der

Klage erscheint hier als provisorische Maßregel um vor der Hand das Dasein des Obligationsnexus festzustellen. Dieß ist insbesondere beim Gant der Fall, da der Gläubiger auch bedingte und betagte Forderungen anmelden und richtig stellen muß, um später bei Erfüllung der Bedingung oder Eintritt des Termins aus der Concursmasse Zahlung zu erhalten. Überhaupt wird aber eine solche Präjudicialklage in jenen Fällen zulässig sein, in welchen der Berechtigte ein Interesse an der vorläufigen Sicherstellung der Existenz und des Umfangs des Obligationsverhältnisses nachweisen kann, so z. B. um mit Sicherheit Einrichtungen und Vorkehrungen zu treffen u. s. w.

Alle Forderungsrechte sind auf eine Handlung des Verpflichteten gerichtet, sie alle haben zu ihrem Inhalt eine Leistung des Schuldners. Auf der Verschiedenheit der Leistung beruht die Verschiedenheit des Inhalts; auf dieser Verschiedenheit des Inhalts die Verschiedenheit der Forderungsrechte. Die Leistungen können im Allgemeinen in einem Geben oder Thun bestehen[48]. Die Leistungen, welche in dem Geben einer Sache bestehen, heißen Sachleistungen im weitern Sinn. Diese Sachleistungen können darin bestehen, daß uns die Sache gegeben wird (Geben im weitern Sinn[49]), um sie inne zu haben wie z. B. beim Depositum, Pfand, oder um den Genuß und Gebrauch derselben als persönliches Recht zu haben z. B. bei Miethe und Pacht, Commodat u. s. f. (Gebrauchsverstattung); oder das Geben findet zu dem Zwecke statt, daß uns die Sache selbst überlassen wird (Sachleistung im engern eigentlichen Sinn), und dieß wieder entweder so daß der Schuldner uns das Eigenthum an der Sache überträgt (Geben im engsten Sinn[50]), oder daß er uns den Besitz überträgt und das Behaltendürfen derselben garantirt, wie z. B. beim Kauf. Das Thun[51]

Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen (1840) I S. 352, Wächter II §. 62 S. 413, Seuffert Pandekt. §. 23 Note 5 und Archiv der Entscheidung d. oberst. Gerichtshöfe III Nr. 304—306.

48) Über die römisch-rechtliche Eintheilung der Leistungen in dare facere praestare vgl. Marezoll in Linde's Zeitschr. X Nr. 8, Puchta Institut. II §. 165, Huschke in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XIV S. 249—254, Wächter Erörter. II S. 64 fg.

49) §. 2 I. quib. mod. re contr. (3, 14) Item is cui res aliqua utenda datur i. e. commodatur re obligatur — non ita datur ut ejus fiat —. §. 4 eod. — pignori res datur.

50) pr. I. cit. — in hoc damus ut accipientis fiat. l. 75 §. 10 D. de V. O.

51) Facere im weiteren Sinn bedeutet überhaupt jede Leistung. l. 2 l. 48 D.

besteht in allen übrigen positiven und negativen Handlungen und ist hiernach selbst wieder verschieden. — Das persönliche Rechtsverhältniß kann überdieß ein einfaches oder ein mehr oder weniger complicirtes sein, jenachdem sein Inhalt ein einfacher oder zusammengesetzter ist, d. h. jenachdem derselbe in einer einfachen Leistung oder in einer mehr oder minder ausgedehnten Reihe von Leistungen besteht[52]. Mit Rücksicht hierauf theilt man die persönlichen Klagen in Specialklagen (specialia judicia z. B. die actio commodati empti depositi) und Generalklagen ein (generalia judicia z. B. die actio pro socio, actio tutelae[53]).

C. Reallasten[1].

§. 63. Das deutsche Recht kennt eine eigenthümliche Classe von Rechtsverhältnissen, deren charakteristisches Wesen darin besteht, daß die Verbindlichkeit zu gewissen Leistungen mit einem Grundstück dergestalt als Last desselben verknüpft ist, daß der jeweilige Besitzer des-

---

de V. S. I. 60 pr. D. de cond. et dem. (35, 1). Im engeren Sinn ist facere Gegensatz des dare und erhält einen immer engeren Umfang, je weiter der Begriff des dare genommen wird; vgl. Wächter Erört. II S. 65 Note 39.

52) Vgl. Kierulff I S. 163 in der Note a. E., Wächter Handb. II S. 310.

53) l. 58 pr. D. pro soc. (17, 2) — sive generalia sint veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia veluti mandati commodati depositi. — Es gibt auch persönliche Universalklagen d. h. persönliche Klagen, mit welchen man ein ganzes Vermögen (oben §. 57 Nr. III) fordert, z. B. die Klage, womit der Mündel von seinem Vormund, der Mandant von seinem Verwalter sein Vermögen fordert, ebenso wenn Jemand sein ganzes Vermögen verschenkt.

1) Albrecht Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts (1828) §. 18, Duncker Die Lehre von den Reallasten (Marburg 1837), vgl dazu die Recension von Albrecht in den Kritischen Jahrbüchern 1839 S. 309—324, Renaud Beitrag zur Theorie der Realkasten (1846), vgl. hierzu die Recension von Gerber in den Kritischen Jahrbüchern 1846 S. 782 fg.; Weiske Die Gutsherrlichkeit und die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen (1850), Heimbach im Rechtslexikon Art. Reallasten Bd IX (1855) S. 28—123. — Die ältere Literatur s. bei Duncker §. 1; zahlreiche literarische Nachweisungen gibt Gengler Lehrb. §. 70. — Bei den älteren Schriftstellern fehlt es an einer allgemeinen Theorie der Reallasten; es ist das Verdienst Mittermaier's (Einleit. in das Studium des deutschen Rechts 1812 S. 190) die Theorie in die deutsche Rechtswissenschaft eingeführt zu haben. Auch in den Particularrechten fehlt es an einer solchen allgemeinen Theorie, so denn insbesondere auch im bürgerlichen Gesetzbuch, was nunmehr auch von Stubenrauch I S. 720 beklagt wird, ohne daß er aber auch nur den geringsten Versuch machte diesem in der österr. Literatur gänzlich vernachlässigten Rechtsinstitut (vgl. hierüber auch Chiari in seiner Abhandlung Über die dingliche Sicherstellung beständiger jährlicher Renten in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1847 II Nr. XVII S. 309) eine nähere Darstellung zu widmen.

ſelben zur Entrichtung dieſer Leiſtungen verpflichtet iſt. Da die Verpflichtung zu dieſen Leiſtungen, welche ſowohl im Geben (Geld- und Naturalleiſtungen) als im Thun (Dienſtleiſtungen, Frohnen) beſtehen können, in ihrer Totalität auf dem Grundſtücke ſelbſt beruht, ſo bezeichnet man dieſes Verhältniß mit dem Ausdruck Grundlaſt, Reallaſt (servitium reale, onus reale) im engern eigentlichen Sinn. Dieſe Reallaſten im engern eigentlichen Sinn muß man vor allem von der Reallaſt im weitern uneigentlichen Sinn unterſcheiden; in dieſem weitern Sinn bezeichnet Reallaſt überhaupt jede auf einer unbeweglichen Sache haftende und daher auf jeden Beſitzer übergehende Laſt, wie die Hypothek, die Servituten und die geſetzlichen Beſchränkungen des Eigenthums[2]. Ferner muß man die Reallaſten im engern Sinn ſcharf von andern Rechtsverhältniſſen unterſcheiden, welche mit ihnen eine gewiſſe Ähnlichkeit haben, die theils in der Verpflichtung des jeweiligen Beſitzers eines Grundſtücks zu einer poſitiven Leiſtung theils in dem Gegenſtande der zu entrichtenden Leiſtung beſteht, und welche daher öfters jedoch mit Unrecht zu den Reallaſten gerechnet werden, was nur zu Verwirrungen führen kann. So rechnen Manche gewiſſe polizeiliche Auflagen hierher, welche dem jeweiligen Beſitzer eines Grundſtücks oder eines Hauſes die Verpflichtung zu einer poſitiven Leiſtung auferlegen: dieſe Laſten gehören ſchon wegen ihres polizeilichen Charakters nicht in das Gebiet des Privatrechts[3]. Ferner rechnen manche zu den Reallaſten jene Leiſtungen, welche zur Vergeltung einer zwiſchen dem Eigenthümer (Obereigenthümer) und dem jeweiligen Inhaber des Gutes (Nutzungseigenthümer) beſtehenden Verleihung entrichtet werden müſſen, wie den Canon bei der Emphyteuſis, die Lehenwaare bei dem Lehengute, den Erbzins beim Erbzinsgute, das Erbpachtsgeld beim Erbpachtgute u. ſ. w. (vgl. §. 1122 fg. a. b. G. B.). Die Verbindlichkeit

2) Vgl. Duncker §. 14. Auch in dieſen Fällen ruht auf der Sache eine Laſt; aber dieſe beſteht bloß darin, daß der jeweilige Beſitzer der Sache etwas dulden oder unterlaſſen muß und es wird hierin auch durch den Umſtand nichts geändert, daß man ſich öfters in Anſehung der Servituten und Hypotheken um das dingliche Element dieſer Rechtsverhältniſſe hervorzuheben des Ausdrucks bedient, die Sache diene (praedium servit), die Sache ſei verpflichtet (obligatio rei).

3) So hat z. B. jeder Hausbeſitzer in der Stadt die Verpflichtung den Schnee vor ſeinem Hauſe wegſchaufeln zu laſſen, bei Glatteis Sand zu ſtreuen u. ſ. f.; vgl. hierüber Heimbach S. 69.

zu diesen Leistungen aber ist eine rein persönliche Obligatio, das Recht auf die jährlichen Leistungen nur ein Ausfluß des persönlichen Verleihungsverhältnisses und es wird hieran durch den Umstand, daß die Leistung wegen Benützung der Sache, wegen Überlassung derselben zum erblichen und veräußerlichen Gebrauch entrichtet wird, nichts geändert, da auch der gewöhnliche Pacht- und Miethzins mit Rücksicht auf die Benützung eines Grundstücks gegeben wird. Der charakteristische Unterschied[4] zwischen diesen Leistungen und den Reallasten, welche im Gegenstande oft übereinstimmen, besteht somit darin, daß im ersteren Fall die Verpflichtung zu der terminweisen Leistung eine rein persönliche ist, während bei den Reallasten die Verpflichtung zu der positiven Leistung in ihrer Totalität auf dem Grundstücke ruht und von jedem Besitzer dieses Grundstücks nicht wegen seiner persönlichen Beziehung zu einem Dritten, sondern deßhalb entrichtet werden müssen, weil er mit dem Grundstück auch die Last (fundum cum causa) übernimmt[5]. Daraus ergibt sich aber auch von selbst der Unterschied zwischen den Grundrenten (reditus reales) und den persönlichen Renten (reditus personales, Leibrenten in diesem Sinn[6]), mögen die letzteren immerhin durch eine Hypothek versichert sein[7], da in diesem Fall doch immer nur der ursprüngliche Promittent und seine Universalsuccessoren zur Entrichtung der Leistung verpflichtet

4) Über die Nothwendigkeit dieser Unterscheidung, deren Mangel in der Lehre von den Reallasten vielfach Unklarheit und Irrthümer hervorgerufen hat, vgl. Duncker §§. 12. 21. 38. 48. 49, Gerber System §. 168 Note 2, Heimbach S. 69, insbes. aber Walter System des deutsch. Privatr. §. 447, wo dieser Unterschied scharf und präcis hervorgehoben ist.

5) Andere rechnen zu den Reallasten noch viele andere Rechtsverhältnisse; so z. B. das Näherrecht (vgl. dagegen Duncker S. 58 und Gerber §. 176), die Bannrechte (vgl. dagegen Duncker §. 57, Maurenbrecher I §. 327 Note 1, Wächter II S. 319—324 und Walter Deutsch. Privatr. §. 493); am weitesten ist hierin Maurenbrecher in der 1. Aufl. seines Lehrbuchs gegangen, der sogar Abschoß und Nachsteuer als Reallast bezeichnen wollte (vgl. dagegen Duncker §. 47).

6) Der Ausdruck Leibrente wird hin und wieder (vgl. königl. sächs. Gesetz betreffend die Grund- und Hypothekenbücher v. 6. Nov. 1843 §§. 49. 70. 106. 107) gebraucht um den Auszug (reservatum rusticum), der in terminweisen Geldprästationen besteht, also eine wahre Reallast zu bezeichnen; in der Regel aber bedient man sich desselben, um ein rein obligatorisches Verhältniß zu bezeichnen; vgl. §. 1284 fg. a. b. G. B.

7) So z. B. kann für ein Legat jährlicher Renten (§. 687 a. b. G. B.) zur Sicherstellung derselben ein Grundstück verpfändet werden, ebenso für einen Witwengehalt (§. 1242 a. b. G. B.), für jährliche Alimente u. s. f. In diesen Fällen

ſind und auf den Übernehmer des verpfändeten Grundſtücks nur die Hypothekarlaſt übergeht[8].

Die Reallaſten im eigentlichen techniſchen Sinn bieten auf den erſten Anblick zwei charakteriſtiſche Merkmale dar, welche obwohl ganz heterogener Art dennoch vereinigt das Weſen dieſes eigenthümlichen Rechtsinſtituts auszumachen ſcheinen. Die Elemente dieſes Rechtsverhältniſſes ſind folgende. Es beſteht eine (in der Regel dauernde immerwährende) Verpflichtung zur wiederkehrenden Entrichtung beſtimmter Leiſtungen[9]; dieſe Verpflichtung wird nach überlieferten Begriffen und nach dem Sprachgebrauch[10] in ihrer Totalität als auf dem Gute ſelbſt ruhend gedacht: das Gut zinſt, das Gut ſteuert. Mit der Erwerbung dieſes Gutes macht jeder Übernehmer dieſe Verbindlichkeit zu poſitiven Leiſtungen zur ſeinigen und übernimmt hiermit die Verpflichtung die einzelnen fälligen Leiſtungen zu entrichten. Es ſtellen ſich alſo in dieſem Verhältniß zwei Elemente

---

iſt eine gewöhnliche Obligatio die mit einem Pfandrecht bedeckt iſt vorhanden, daher denn auch bei gerichtlichen Zwangsverſteigerungen des Grundſtücks die Hypothek erliſcht; vgl. Heyne Commentar zum ſächſ. Hypothekengeſetz II S. 131. 132, Gönner Commentar über das baieriſche Hypothekengeſetz I S. 496—504. — Von einer wahren Reallaſt ſpricht der §. 530 a. b. G. B., vgl. auch §. 360 a. b. G. B. Unſere Schriftſteller fehlen darin, daß ſie immer bloß an die perſönlichen durch Hypothek ſichergeſtellten Renten denken und daher die wichtigen Fragen, welche ſich in Anſehung der Grundrenten ergeben, gar nicht berühren.

8) Eine eigenthümliche Art von Laſten bilden jene, welche in der Weiſe auf der beweglichen oder unbeweglichen Sache haften, daß dieſe Sache ſelbſt als das verpflichtete Subject erſcheint, welche die ſchuldige Summe (ein für allemal) zu entrichten hat; hier iſt eine wahre obligatio rei vorhanden und auch in dieſem Fall ſpricht man öfters (uneigentlich) von einer Reallaſt. Hierher gehört nach gemeinem Recht, obgleich nicht unbeſtritten, das Erbgeld (pecunia hereditaria) d. h. die Summe Geldes, welche die Miterben für das kraft geſetzlicher Beſtimmung (z. B. bei der Erbfolge in Bauerngüter) dem einen von ihnen bei der Erbtheilung allein zufallende Gut aus demſelben zu erhalten haben (vgl. Schweppe Concurs §. 44 Nr. 3, Mackeldey II Anhang S. 20, Glück II §§. 538. 539, ſ. jedoch Duncker §. 56); nach öſterr. Recht die Feuerlöſchkoſten für den in einem Haus entſtandenen Brand (Weſſely Handb. I Nr. 1729—1734); die auf der Sache ſelbſt haftenden Zölle, Verbrauchsſteuern und Vermögensſtrafen wegen Gefällsübertretung (vgl. §. 200—206. §. 244 der Zoll- und Monopolsordn. §. 152 fg. §. 893 des Strafg. wegen Gefällsübertret. und §. 15 der ungar. G. O.).

9) Das Merkmal der periodiſchen regelmäßigen Wiederkehr der Leiſtungen iſt außerweſentlich; vgl. Duncker S. 59. 60, Maurenbrecher I §. 349 Note 9, Heimbach S. 69. — Da die Reallaſten in der Regel ein onus perpetuum ſind, nennt man ſie ewige Laſten.

10) Vgl. Heimbach S. 63. 64.

dar: ein dingliches und ein obligatorisches. Das dingliche Element besteht darin, daß die Last als Ganzes auf dem Grundstücke ruht; die Verpflichtung zur Leistung im Ganzen wird als unmittelbar auf dem Grundstücke lastend gedacht; es ist kraft einer juristischen Fiction die Sache, welche die Leistung im Ganzen schuldet, das Grundstück welches pflichtig ist. Das obligatorische Element besteht in der Verbindlichkeit zu den einzelnen Leistungen: diese ist eine durch den Besitz des Grundstücks begründete rein persönliche Obligation. Die Reallast im subjectiven Sinn, das der Reallast entsprechende Recht, enthält in der ersteren Beziehung ein dingliches Element indem es auf dem Grundstück selbst haftet, in der letzteren Beziehung ein obligatorisches indem es persönliche Ansprüche gegen den jeweiligen Besitzer enthält.

Diese zwei Bestandtheile des Instituts der Reallasten machen eine verschiedene Auffassung seines Wesens möglich, je nachdem man auf den einen oder den andern Bestandtheil alles Gewicht legt oder beide in eigenthümlicher Weise zu einem Ganzen verschmolzen denkt. Diese verschiedene Auffassung findet sich denn auch sowohl in den Werken der Schriftsteller über dieses Rechtsverhältniß als auch in den legislatorischen Normirungen desselben[11]. Schon in der ältern Doctrin finden sich diese abweichenden Ansichten nebeneinander. Ein Theil der ältern Juristen stellte die Reallasten in die Kategorie der Forderungsrechte und vermittelte den Übergang der Verpflichtung auf den jeweiligen Besitzer unter willkürlicher und gezwungener Interpretation römischer Gesetzesstellen durch die Annahme einer mit der Forderung verbundenen Hypothek[12]. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht, welche sich selbst noch bei einzelnen neueren Juristen findet[13] und auch in den modernen Gesetzbüchern manche Spur zurückgelassen hat[14], ist heutzutage allgemein anerkannt und jene Ansicht als durchaus auf-

11) Eine Darstellung der verschiedenen Ansichten über die Reallasten findet sich bei Duncker §. 2–13, vgl. auch Maurenbrecher I §. 320. Eine sehr tüchtige ausführliche Übersicht und Kritik der verschiedenen älteren und neueren Ansichten gibt Heimbach S. 28–66; ausgezeichnet durch Klarheit und Kürze ist die Darstellung der verschiedenen Ansichten bei Walter Deutsch. Privatr. §. 149; vgl. auch Gengler Lehrb. §. 70.

12) Über diese Ansicht vgl. Duncker §§. 3. 4, Heimbach S. 29. 30, Gengler S. 287. 288, Glück XIX §. 1087 b.

13) So noch bei Unterholzner Ausführl. Entwicklg. d. gesammt. Verjährungslehre Bd II §. 254.

14) So z. B. im preußischen Recht vgl. Koch I §. 352.

gegeben zu betrachten. Zu gleicher Zeit bildete sich die entgegengesetzte Ansicht, welche das Gewicht auf das dingliche Element legte und die Reallasten als eine Art der Prädialservituten oder doch als ein denselben analoges Institut betrachtete[15]. Man stellte die Reallasten als eine Prädialservitut hin, welche in einem Thun bestünde und beseitigte die Einwendung, daß servitutes in faciendo consistere nequeunt, durch Berufung auf eine angebliche Erweiterung des Begriffs der Servitut durch deutsches Gewohnheitsrecht (s. g. servitutes juris germanici). Diese Ansicht, welche bis zum Anfang unseres Jahrhunderts die herrschende blieb[16] und wovon sich in der österreichischen Legislation Spuren finden[17], mußte aufgegeben werden als man erkannte, daß jener Grundsatz des römischen Rechts keine leere Spitzfindigkeit, sondern in der Natur der Sache, im Begriffe der Dinglichkeit des Rechts gegründet sei[18]. — Auch unter den neuern Juristen herrscht jene Verschiedenheit der Ansichten über das Wesen der Reallasten und die tüchtigen und eindringenden Untersuchungen, welche die modernen Germanisten über den historischen Ursprung und die Fortbildung dieses Instituts angestellt haben, konnten eine Einigung über das Wesen derselben bisher nicht herbeiführen. Während einige der neuern Schriftsteller alles Gewicht auf das obligatorische Element legen und die Reallasten im Ganzen als Obligationen ansehen, welche durch die Verknüpfung mit einem Grundstück perpetuirt

---

15) Vgl. hierüber Duncker §§. 5. 6, Heimbach S. 30—33.

16) Cod. Max. Bavar. II c. 7 §. 2; vgl. die literarischen Nachweisungen bei Duncker S. 17. 18.

17) So sagt das Hofdecr. v. 19. Juli 1792 (Weffely Handb. d. gerichtl. Verfahr. I. Nr. 1687) „So wie von Classificirung eines Zehntrechts keine Frage sein kann, so sind zwar auch alle übrigen Grunddienstbarkeiten zur Anmeldung bei der Grida aber zu keiner Classification geeignet —," und das Hofkzldecr. v. 15. Mai 1798 (Weffely I Nr. 1688) „die Zehntgerechtigkeiten so wie alle übrigen Grunddienstbarkeiten sind zwar zu einer Anmeldung bei der Grida nicht aber zu einer Classificirung geeignet." — Es muß schon hier darauf hingewiesen werden, daß diese Auffassung der Zehentgerechtigkeit als einer Grunddienstbarkeit im Einklang steht mit der älteren Doctrin, welche die Reallasten als servitutes in faciendo ansah, und daß daher dasjenige was hier von der Zehentgerechtigkeit gesagt wird ebenso in Ansehung aller anderen Reallasten zu gelten hat.

18) Im Gesetzb. v. Jahr 1811 hat sich die richtige Ansicht geltend gemacht, daß Servituten in faciendo consistere nequeunt und der §. 483 a. b. G. B. hebt diesen Satz als Axiom ausdrücklich hervor. Deßhalb erklärt auch §. 530 a. b. G. B. am Schluß der Lehre von den Servituten, daß das Recht auf immerwährende Grundrenten nicht als persönliche Servitut anzusehen sei.

und auf diese Weise in Rücksicht auf ihre Dauer den dinglichen Rechten gleich gestellt würden[19], legen andere alle Betonung auf das dingliche Element und sehen nicht nur die Reallasten im Ganzen sondern auch jede einzelne fällige Leistung als eine Schuld des Grundstücks an (s. g. unbedingte Personificationstheorie), so daß nicht nur die Klage auf das Recht in seiner Totalität, sondern auch die Klage auf die einzelnen Leistungen als eine dingliche erscheint[20]. Eine dritte[21] Ansicht endlich geht dahin die beiden Elemente der Dinglich-

---

19) Diese Schriftsteller sehen in der Reallast kein gegen das Grundstück selbst gerichtetes Recht, sondern nur eine durch den Besitz des Grundstücks bedingte Obligatio der Person; dieser Ansicht sind Savigny Obl. R. I S. 134, Gerber System §§. 167. 168, Seuffert Pandektenr. I §. 23 Note 4; gegen diese Auffassung s. Wächter II §. 48 Note 9. 10, Heimbach S. 35. 36, Walter §. 149 Note 8, Beseler System III S. 137. Andere Anhänger dieser Ansicht nennen die Reallasten ein dingliches Forderungsrecht oder ein subjectiv-dingliches Recht, indem sie die Dinglichkeit mit der Absolutheit verwechseln; so Mittermaier in den ersten Auflagen s. Lehrbuchs des deutschen PRs. 1821 §. 325. 1824 §. 153, Eichhorn Einleit. §. 162, Runde Die Rechtslehre von der Leibzucht III §. 26 und Maurenbrecher I §. 349—321, obwohl er sich von den Anhängern dieser Ansicht unterscheiden will.

20) Dieß ist die Ansicht von Duncker §. 16, Gengler §. 70 und Heimbach in der angef. Abhandl. Diese unbedingte Personificirung des Grundstücks ist aber nicht nur allzukünstlich und gewaltsam, sondern es spricht dagegen die auch von den Vertheidigern dieser Ansicht (vgl. Heimbach S. 73) als die überwiegend herrschende anerkannte Annahme, daß die einzelnen fälligen Leistungen als persönliche Obligationen des Besitzers anzusehen seien. Was Heimbach S. 72 fg. für die Ansicht Duncker's vorbringt scheint mir ganz unstichhaltig zu sein; vergebens beruft sich Heimbach darauf, daß auch bei der Vindicationsklage und überhaupt bei dinglichen Klagen der Besitzer zu mannigfachen Leistungen verbunden sein könne, da in diesen Fällen die Verpflichtung zur Leistung Folge des obligatorischen Verhältnisses ist, in welches der Beklagte durch die Litiscontestation resp. Insinuation der Klage zum Kläger tritt, während bei den Reallasten die einzelnen Leistungen gerade den Inhalt (nicht wie Heimbach S. 72 irrigerweise meint den mittelbaren Gegenstand) dieses Recht ausmachen. Auch vermag sich Heimbach selbst der Auffassung dieses Verhältnisses als eines gemischten nicht zu entziehen, indem er von einer Vergütung des Interesses wegen verzögerter Leistung spricht (S. 90. 91), was aber doch gewiß eine persönliche Verpflichtung zur Entrichtung der Leistung voraussetzt. — Auch Dasjenige, was Gengler S. 296—303 zum Schutz dieser Ansicht an- und ausführt, dürfte wenig geeignet sein ihr neue Anhänger zu verschaffen, um so mehr, da seine Ausführungen an die von ihm selbst bekämpfte Ansicht Renaud's lebhaft erinnern.

21) Es kann hier nur auf die Hauptansichten Rücksicht genommen werden; die nähere Darstellung der anderen Ansichten, wie jener Albrecht's Gewere S. 165—188 (dem Phillips I §. 117 gefolgt ist), daß die Reallasten eine Pertinenz des dinglichen Rechts am Gute seien (eine Ansicht, welche theils auf dem Mangel gehöriger Unterscheidung zwischen den eigentlichen Reallasten und den

keit und Persönlichkeit als zu einem Ganzen verschmolzen anzusehen und die Reallasten in ihrer Totalität als eine dingliche Last, die Verpflichtung zur Entrichtung der einzelnen fälligen Leistungen aber als eine rein persönliche Obligation zu betrachten [22]. Diese letztere Ansicht dürfte mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts die richtige sein, wenn man gleich die Anomalie und Zwitterhaftigkeit, welche in dieser gemischten Natur des Rechtsverhältnisses liegt, nicht verkennen kann; sie ist es welche auch für unser heutiges österreichisches Recht als die maßgebende betrachtet werden muß.

Hiernach erscheint das Recht auf die Reallasten an sich und im Ganzen als ein unmittelbar an und auf dem Grundstück haftendes Recht, dessen Inhalt darin besteht, daß der Berechtigte von dem jeweiligen Besitzer des Grundstücks als solchem einzelne positive Leistungen fordert; in diesen einzelnen Leistungen geht das Recht in ein rein persönliches aus und erscheint sonach in seinen einzelnen Ausflüssen als ein wahres Forderungsrecht. Die Reallast ist somit ein dingliches Recht, aber ein anomales dingliches Recht, da den Inhalt desselben wiederkehrende positive Leistungen bilden, und das ganze Rechtsinstitut ist als ein gemischtes anzusehen, in welchem dingliche und persönliche Rechtsverhältnisse in eigenthümlicher Weise zusammentreffen.

Aus dieser Natur der Reallasten ergeben sich folgende Grundsätze:

1) Die Reallast als Ganzes ist eine Last des Grundstücks selbst [23];

---

fälschlich s. g. Reallasten s. Note 4 beruht, andererseits von dem Ausdruck Pertinenz Mißbrauch macht), Renaud's, daß die Reallasten aus einer Theilung des Inhalts der Gewere am Grundstück hervorgegangen seien (vgl. dagegen Gerber in der Note 1 angef. Recens. und Heimbach S. 42—44), Mittermaier's in der 3. und den fg. Aufs. seiner Grundsätze, daß die Reallast ein eigenthümliches deutsch-dingliches Recht sei (dessen juristische Natur und Construction Mittermaier nirgends gibt), Weiske's in der gngef. Abh. (vgl. hierüber Heimbach im R. L. S. 44—66) u. A. (vgl. Walter §. 149 Note 9) gehört in das System des deutschen Privatrechts.

22) Diese Ansicht wird vertheidigt von Wächter Erörter. Heft I Nr. VI „Zur Lehre von den Reallasten" S. 127—138 Handb. II §. 48, Walter Deutsch. Privatr. §. 146 fg., Beseler System III §. 190 fg.

23) Die Reallasten gehören daher als bleibende Last des Grundstücks gleich den Servituten in die erste Hauptrubrik des Grundbuchs, in die Rubrik der Sache; so wird es auch in den meisten neueren Grundbuchs- und Hypothekenordnungen gehalten; vgl. Gönner Commentar I S. 261—268, königl. sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843 §. 15 Nr. 5 und dazu Heyne Commentar I S. 84 fg. (nur den Auszug stellt

sie geht daher mit dem Grundstück auf jeden Erwerber über[24] und geht auch bei einer gerichtlichen Zwangsversteigerung des Grundstücks (im Concurs oder außerhalb desselben) nicht unter[25].

---

dieses Gesetz §. 177 wahrscheinlich wegen seiner kürzeren Dauer in die dritte Rubrik). In Österreich stellt man wohl mit Unrecht wie die Servituten (unter Berufung auf §. 39 der Landtafelinstrukt. v. 1794 vgl. Auffez Darstellung der Landtafel und Grundbuchsordnung in Österreich 1847 §. 41. §. 195) so die Reallasten nicht in die erste Rubrik (Sache, Besitzstand), sondern in die dritte (Schulden).

24) §. 443 a. b. G. B. Ich kann daher auch nicht umhin, die Entscheidung des obersten Gerichtshofs v. 20. Aug. 1852 (mitgetheilt in der G. Z. 1852 Nr. 155) als verfehlt zu bezeichnen.

25) Dieser Satz ist eine der wichtigsten aus der Natur der Reallast als einer in das Grundstück gleichsam radicirten Last sich ergebenden Folgen. Wenn daher aus einem Grundstück eine Geldrente oder eine Fruchtrente zu entrichten ist, so wird bei der gerichtlichen Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht etwa die Rente capitalisirt und der Rentengläubiger an das Bedeckungscapital verwiesen, sondern es übernimmt der Ersteher des Grundstücks mit demselben die fragliche Last als onus reale und es gilt in dieser Beziehung in Ansehung der Reallasten ganz dasselbe was rücksichtlich der Servituten (l. 23 §. 2 D. de S. P. R.) gilt. Dieser Grundsatz wurde stets anerkannt, selbst von jenen Schriftstellern, welche in der Reallast eine mit einer Hypothek bedeckte Forderung sehen wollten, und wird heutzutage allgemein aufgestellt, sowohl von den Schriftstellern vgl. Maurenbrecher I §. 321 Nr 3, Schweppe Concurs §. 44 A Nr. 2, Wächter Erörter. I S. 128 Note 2, Haubold Lehrb. des kön. sächs. Privatr. §. 462, Walter Deutsch. Privatr. §. 454 Nr. I, als in den Grundbuchs- und Hypothekenordnungen, so in der preuß. Hypothekenordn. I §. 48 (vgl. Koch I S. 562), in Baiern (vgl. Gönner I S. 570), im kön. sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843 §§. 105. 106. 108 (vgl. Heynel S. 354 fg.), im altenburgischen Hypothekengef. v. 13. Oct. 1852 §. 106 fg. Auch in Österreich ist dieser Grundsatz durch die Note 17 angeführten Hofdecrete v. 19. Juli 1797 und v. 13. Mai 1798 („Die Zehentgerechtigkeiten so wie alle übrigen Grunddienstbarkeiten sind zwar zu einer Anmeldung bei der Criba, nicht aber zu einer Classificirung geeignet — die rückständigen Zehenten hingegen sind nicht nur anzumelden, sondern auch zu liquidiren") bestätigt. Was diese Hofdecrete von den Zehenten sagen gilt ohne Unterschied von allen Reallasten überhaupt. Hiergegen verstoßen unsere Schriftsteller, indem sie die Bestimmung dieser Hofdecrete nur auf Zehenten beschränken und beim Auszug (der Leibzucht reservatum rusticum), der doch gleichfalls unzweifelhaft als Reallast zu betrachten ist (vgl. unten Note 54) annehmen, daß derselbe mit der gerichtlichen Zwangsversteigerung des Grundstücks untergehe und nur darüber uneinig sind wie die Auszugsgerechtigkeit zu berechnen sei; vgl. z. B. Chrudimsky Über die Behandlung des Auszugs im Concurs in Haimerl's Magaz. Bd. VI S. 116 fg. (dessen Gründe gegen die hier vertheidigte Ansicht ganz unjuristisch sind), F. Schuster Die Civilproceßordnungen für die Königreiche Ungarn u. s. f. (1854) S. 888. 892. 893, Derselbe Die Concursordnung für die Königr. Ungarn u. s. f. S. 43. 44, ja selbst Rößler Über das Ausgedinge auf Bauerngütern (1842) S. 60 fg. (Die richtige Ansicht beobachtet nach dem Zeugniß Rößler's S. 62 die Praxis in Böhmen; vgl. auch Hänsel Die Lehre vom Auszug 1834 S. 135. 177.) Von allen übrigen Reallasten sprechen unsere Schriftsteller gar nicht, selbst jene nicht, welche die Lehre von der Purification der Grundstücke ausführlich behan-

2) Das Recht auf die Reallast im Ganzen ist ein dingliches Recht: wo öffentliche Bücher bestehen, ist daher zur Begründung zur Übertragung und zur Verpfändung des Rechts auf die Reallast Eintragung in die öffentlichen Bücher erforderlich (§. 445 a. b. G. B.) [26].

3) Da das Recht auf die Reallast im Ganzen nicht eine Obligatio, sondern ein dingliches Recht ist, so findet ein Besitz der Reallast (quasi possessio juris) [27] statt; bei Verletzung des Besitzes stehen dem Besitzer die gewöhnlichen Besitzklagen zu [28]. Mit dem Besitz ist die Möglichkeit der Ersitzung der Reallasten gegeben [29].

4) Das Recht auf die Reallasten im Ganzen wird in petitorio mit einer actio confessoria utilis nach Analogie der Servituten §. 523 a. b. G. B.) geschützt [30]; dem Besitzer steht zum Schutze

deln, obgleich sie doch durch die Bestimmung des §. 530 a. b. G. B. darauf hingewiesen wären; diese Bestimmung aber beziehen sie stets nur (vgl. Note 7) auf Renten, welche durch Hypothek gesichert sind, vgl. z. B. Gspan Abhandlung über die regelmäßige Befriedigung concurrirender Gläubiger Bd III (1889) §. 720.

26) Darüber sind alle Schriftsteller einig, vgl. Duncker §. 35, Walter §. 151 Nr. II, Beseler III S. 189 lit. d. Die vielbestrittene Frage, ob dort wo öffentliche Bücher nicht bestehen, die Reallasten durch Vertrag (s. g. Princip der freien Radicirung) begründet werden können oder nicht (vgl. Duncker in der Zeitschrift f. deutsch. Recht Bd XI S. 450—494, Heimbach S. 97—110) gehört nicht hierher.

27) Dieß geben selbst jene Schriftsteller zu, welche die Reallast in ihrer Totalität als eine Obligatio ansehen; Savigny Recht des Besitzes §. 49, Gerber System §. 170. — Über den Besitz der Reallasten s. Duncker Reallasten §§. 21. 22, Derselbe Über den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte und den possessorischen Schutz derselben in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd II S. 28—114 (ihm folgt noch Heimbach S. 75—86), insbes. aber Bruns Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848) der (S. 328—341) gegen Duncker ausführlich und überzeugend nachgewiesen hat, daß die Theorie von der quasi possessio der Reallasten aus dem canonischen Recht ins deutsche, nicht umgekehrt aus dem deutschen Recht ins canonische übergegangen sei (vgl. Bruns S. 121—126. 237—242 und Beseler II §. 80, Gerber §. 170 Note 4). Die Frage, wie der Besitz der Reallasten erworben und verloren werde, gehört in den besondern Theil. — Auf den Besitz der Servituten und Reallasten allein bezieht sich §. 343 a. b. G. B.

28) Vgl. hierüber Bruns S. 203—210. 243—248. 384. 422—428. Eine Besitzverletzung kann nicht bloß durch den Pflichtigen, sondern auch durch einen Dritten geschehen, der den Berechtigten an der Ausübung seines Rechts hindert oder sich selbst die Ausübung des Rechts anmaßt; vgl. Bruns S. 214—219.

29) Eine andere vielbestrittene Frage ist es, ob die Ersitzung der Reallasten überhaupt zulässig sei oder nicht; vgl. die verschiedenen Ansichten hierüber bei Heimbach S. 110—115. Nach österreichischem Recht dürfte die Ersitzbarkeit der Reallasten kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen.

30) Vgl. Duncker §. 28, Renaud §. 6, Heimbach S. 86—92, Schmidt

des Grundſtücks gegen die angeblich auf demſelben ruhende Laſt die actio negatoria utilis zu.

5) Da die Reallaſt in ihrer Totalität eine Laſt des Grundſtücks iſt, ſo kann ſich der Inhaber des Grundſtücks durch die Dereliction desſelben für die Zukunft von aller Verbindlichkeit zur Entrichtung der einzelnen Leiſtungen befreien[31].

6) Die einzelnen fälligen Leiſtungen ſind perſönliche Verbindlichkeiten des Beſitzers unter welchem ſie fällig wurden, er kann ſich daher dieſen Rückſtänden durch die Dereliction des Grundſtücks nicht mehr entziehen[32].

7) Daher haftet aber auch der Nachfolger im Beſitz nicht für die Rückſtände ſeines Vorgängers[33], außer wenn er als Univerſalſucceſſor in deſſen Obligation eintritt oder wenn die Rückſtände ausnahmsweiſe mit einer Hypothek bedeckt ſind[34].

Lehrbuch der gerichtlichen Klagen und Einreden (9. Aufl. 1845) §. 474—475. Gerber Syſtem §. 170 Note 2 will in conſequenter Durchführung ſeines Obligationenprincips (ſ. Note 19) auch auf die Laſt als Ganzes nur eine perſönliche Klage zulaſſen.

31) Arg. l. 6 §. 2 D. si servit. vindic. (8, 5), vgl. Gerber §. 170 Note 3 und ſ. oben §. 58.

32) Wächter Handbuch II S. 844, Walter §. 454 Nr. III. IV. A. A. ſind alle Jene, welche der unbedingten Perſonificationstheorie huldigen (ſ. Note 20); vgl. z. B. Duncker §§. 46. 86, Heimbach S. 88 u. A.

33) Die Execution wegen der Rückſtände geht nicht gegen das belaſtete Gut, ſondern gegen den perſönlichen Schuldner; vgl. Albrecht in den Krit. Jahrb. 1839 S. 318. — Die Frage, ob der Nachfolger für die Rückſtände des Vorgängers haſte, iſt am lebhafteſten beſtritten; für die im Text vertheidigte Anſicht ſ. Glück II S. 537 fg., Kori Syſtem des Concursproceſſes (2. Aufl. 1828) II S. 268 und S. 264 Note 124, Maurenbrecher I §. 321 Nr. 2, Wächter Erörter. I Nr. VI, Gerber §. 170 Note 3, Walter §. 454 Nr. V, Beſeler III §. 190 Nr. III lit. b. Dieſen Grundſatz haben die modernen Legislationen öfters auch ausdrücklich ausgeſprochen, ſo das baier. Landrecht II 10 §. 4, das preuß. Landrecht II 7 §. 493, das badiſche Landrecht §. 740. — A. A. Duncker §. 86, Heimbach S. 73—75. 89, Heyne I S. 354 fg. Für dieſe Anſicht hat man ſich häufig auf l. 7 pr. D. de public. (39, 4) und wohl auch auf l. 36 D. de jure fisci (49, 14) berufen; allein dieſe zu Gunſten des römiſchen Fiscus gegebene ſinguläre Vorſchrift (vgl. Renaud S. 50 Note 130, gegen den ſich Heimbach §. 68 Note 124 mit Unrecht erklärt) iſt längſt aufgehoben durch l. 2 C. de fund. rei priv. (11, 65) und l. 7 C. de Cens. (11, 57), vgl. Glück XIX S. 248, Maurenbrecher I §. 321 Note 2.

34) Auf den Fall daß die Rückſtände mit einer Hypothek bedeckt ſein ſollten, wie dieß z. B. in Anſehung der dreijährigen Steuerrückſtände oder der beſonders intabulirten Rückſtände der Fall iſt, bezieht ſich der Schlußſatz des §. 928 a. b. G. B.

8) Die Klage auf die einzelnen fälligen Leistungen ist eine persönliche Klage (actio in factum), welche aber zu ihrer Begründung voraussetzt, daß das dingliche Recht zur Verfallszeit der Leistungen existirte [35].

9) Im Falle eines Concurses sind die nach Ausbruch desselben verfallenden Leistungen (die laufenden Reallasten) als Masselasten zu betrachten [36]. Der Anspruch auf die vor Ausbruch des Concurses verfallenen Leistungen erscheint als eine persönliche Forderung gegen den Cridatar [37]. Der Ersteher des Grundstücks haf-

(vgl. Zeiller III S. 182); man kann daher aus dieser Stelle nicht etwa folgern, daß die Rückstände immer und ipso jure auf dem Grundstück haften.

35) Wächter Erörter. Heft I Nr. VI, Walter §. 454 Nr. VII, Beseler III S. 144 lit. a. Die dingliche und persönliche Klage können cumulirt werden und mit der Klage auf Anerkennung des Rechts zugleich die fälligen Leistungen gefordert werden. — A. A. sind hier wieder Jene, welche der unbedingten Personificationstheorie huldigen, wie Duncker §. 23, Heimbach S. 87, Gengler S. 306.

36) Hierüber sind alle Schriftsteller einig; vgl. Kori System des Concursprocesses I §. 75, Schweppe System des Concurses der Gläubiger (3. Aufl. 1829) §. 44, Bayer System des Concursprocesses (4. Aufl. 1850) S. 147, Mackeldey Lehrbuch des röm. Rechts 12. Aufl. II. Anhang §. 20, Maurenbrecher I §. 324 Nr. 4, Heimbach S. 74. Wohl nur eine Anwendung dieses Grundsatzes zu Gunsten der Grundsteuern enthält das Hofdecr. v. 3. Febr. 1824 (Wessely Handbuch des gerichtl. Verf. Nr. 1704): „In Rücksicht der erst nach eröffnetem Concurs verfallenen Steuern bedarf es keiner Anmeldung; sie sind vom Vermögensverwalter zu berichtigen und in der Rechnung über Verwaltung der Masse in Ausgabe zu bringen;“ vgl. auch §. 108 der ungar. Concursordnung.

37) Es findet im Concurse wegen der rückständigen Leistungen kein Absonderungsrecht an der pflichtigen Sache statt. Eine andere Frage ist es, ob der Forderung auf die rückständigen Leistungen ein Vorzugsrecht beizulegen sei oder nicht; unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern herrscht Controverse darüber, indem Manche denselben ein absolutes Vorzugsrecht in der 1. Classe einräumen, während Andere ihnen jedes Vorzugsrecht absprechen und sie in die 5. Classe setzen (vgl. Dabelow Concurs S. 607 fg., Schweppe Concurs §. 44 lit. c, Kori System des Concursproc. II §. 43—45, Heimbach S. 74). Nach österreichischem Recht haben die rückständigen Leistungen in der Regel weder ein Vorzugsrecht noch ein gesetzliches Pfandrecht und gehören somit in die (vierte) Classe der chirographarischen Forderungen; der §. 46 der allgem. G. O., welcher den landesfürstlichen und grundherrlichen Abgaben für 3jährige Rückstände ein gesetzliches Pfand- und Vorrecht einräumt, ist bloß auf Grundsteuern und jene obrigkeitlichen Forderungen zu beschränken, welche aus dem (nunmehr aufgehobenen) nexus subditelae entsprangen, daher nicht auf Zehentforderungen, wie das Hofdecr. v. 15. Jänn. 1787 lit. k (Wessely Handb. des gerichtl. Verf. I Nr. 1720) ausdrücklich bestimmt, noch überhaupt auf wahre privatrechtliche Reallasten auszudehnen (vgl. auch Hofdecr. v. 16. Sept. 1825, Wessely I Nr. 1298). Vergebens sucht man bei unseren Schriftstellern über den Concurs auch nur nach einer scharfen und bestimmten Hervorhebung dieser Frage. (Sehr fraglich ist es, ob §. 43 der ungar. Concurs-

tet nicht für die während des Concurses fällig gewordenen Leistungen[38].

10) Jede einzelne fällig gewordene Leistung verjährt für sich[39]; da die einzelnen Leistungen den Inhalt des ganzen Rechtes ausmachen, so geht mit dem 30jährigen Ausbleiben der Leistungen das Recht selbst unter[40], ohne daß die verweigerte Anerkennung des Rechtes von Seite des Verpflichteten (die gewöhnlich s. g. usucapio libertatis) hierzu erforderlich wäre[41].

Die Reallast im subjectiven Sinn als das Recht auf die Reallast im objectiven Sinn[42] ist entweder an eine Sache geknüpft (Realrecht) oder es steht einer juristischen Person z. B. einer Stiftung oder einer Corporation zu oder es ist mit einem Amt oder einer

---

ordnung auf rückständige Leistungen aus einer Reallast zu beziehen sei; was F. Schuster Die ungar. Concursordnung S. 43. 44 sagt, ist theils unrichtig theils ungenügend.

38) A. A. sind hier wieder Jene, welche die fälligen Leistungen als Lasten des Grundstücks ansehen; vgl. Heimbach S. 123.

39) Und zwar nach österr. Recht binnen 3 Jahren §. 1480 a. b. G. B. (vgl. preuß. Landrecht II 7 §. 494. Die Anwendbarkeit der l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX et XL annor. c. 7, 39 bestreiten von ihrem Standpunkt Duncker §. 32, Heimbach S. 121).

40) Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern ist auch diese Frage vielfach bestritten; vgl. die verschiedenen Ansichten bei Heimbach S. 119—123 und Walter §. 158 Note 3. Nach österr. Recht dürfte diese Frage keinem gegründeten Zweifel unterworfen sein; §. 1480 a. b. G. B.

41) Wie man dieß öfters behauptet, so z. B. Thibaut Über Besitz und Verjährung S. 157 und selbst noch Beseler III S. 141; was man dafür anzuführen pflegt (vgl. Heimbach S. 122) ist selbst von dem Standpunkt daß auf die einzelnen fälligen Leistungen eine besondere persönliche Klage zustehe unrichtig, da in der Nichtausübung des Rechts auf die einzelnen Leistungen ein Nichtgebrauch des Rechts als Ganzen enthalten ist. — Die Bestimmung des §. 1484 a. b. G. B. ist der älteren Doctrin (vgl. Heimbach S. 121. 122 insbesondere auf Grundlage der kursächs. Decis. 5 v. 1746) entlehnt.

42) Es fehlt an einem technischen Ausdruck für das der Reallast gegenüber stehende Recht. Der Ausdruck Realrecht und Realberechtigung, den manche Schriftsteller gebrauchen, ist viel zu weit (vgl. den folg. §. 64 Note 17); am besten ist es, den Ausdruck Reallast in ähnlicher Weise wie den Ausdruck Dienstbarkeit (Servitut) sowohl für die Last als für das Recht zu gebrauchen; vgl. Duncker S. 60 Note 90, Gengler S. 286 Note 5, Heimbach S. 71. 72, Wächter Handb. II S. 315—316 Erörter. Heft I S. 118 fg. Dagegen bestehen technische Bezeichnungen für die Berechtigung in Ansehung einzelner Reallasten z. B. Zehentrecht, Zinsrecht, Frohndrecht.

Würde z. B. einer Pfarre verbunden[43]; als Vermögensrecht einer einzelnen Person kommt es gleichfalls vor[44].

Unter dem gemeinsamen Begriff der Reallasten vereinigt sich eine große Anzahl einzelner Arten derselben[45]. Ein Theil der Reallasten ist publicistischer Natur und gehört daher gar nicht in das Gebiet des Privatrechts, so die Grundsteuern, manche Communallasten, die Deich- und Siellast[46]. Die andern Reallasten sind privatrechtlicher Art und bestehen entweder in einer Geldrente oder in einer Fruchtrente oder in landwirthschaftlichen Diensten. Hierher gehören die Zehenten[47], die von dem Schuldner seinem Grundstück für ein empfangenes Capital aufgelegte Geldrente, der aus einem Grundstück zu zahlende Census (sowohl census constitutivus als census reser-

---

43) Vgl. Beseler III S. 141, Gerber §. 168.

44) In diesem Fall ist wieder eine zweifache Beziehung möglich: die Reallast kann dem Berechtigten für seine Person als höchstpersönliches Recht zustehen wie die Leibzucht, oder sie kann ihm als freies Vermögensrecht zustehen, so daß er sein Recht veräußern oder vererben kann wie z. B. beim Rentenkauf; auf einen Fall der letzteren Art bezieht sich §. 530 a. b. G. B., zu welcher Stelle Duncker S. 60 zu vergleichen ist.

45) Vgl. hierüber Duncker §. 38—57, Gerber §. 168, Beseler III §. 191, Heimbach S. 67—71, Walter §. 155.

46) Es sind dieß publicistische Verhältnisse, welche nicht ins Gebiet des Privatrechtes gehören; diese im öffentlichen Recht begründeten und in dasselbe gehörigen Reallasten müssen von den privatrechtlichen Reallasten scharf getrennt werden (vgl. Weiske in der Note 1 angeführten Abhandl., Heimbach S. 63, Beseler III §. 191 Nr. I und II, Gerber §. 168 Note 2); so kann z. B. bei Steuern von einem Besitz auf Seiten des Staates ebensowenig die Rede sein als von einer quasi possessio libertatis auf Seiten des Steuerpflichtigen (vgl. §. 1456 a. b. G. B.), ebensowenig von possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln, sondern es findet executorische Betreibung der Abgaben statt. In diesem Sinn sagt das Hofdecr. v. 3. Febr. 1821 (vgl. Note 36): „Vor Eröffnung des Concurses verfallene Steuerbeträge sind zwar binnen der allgemein festgesetzten Ediktalfrist bei der Concursinstanz anzuzeigen oder anzumelden; jedoch kann über die Verbindlichkeit der Masse oder des Gemeinschuldners zur Bezahlung der Steuern oder über den Betrag der Steuerrückstände auch im Concurse keine gerichtliche Verhandlung oder Entscheidung stattfinden —."

47) Die Zehenten sind in der Regel Reallasten (mit Unrecht hat man sie hin und wieder als eine Art Nießbrauch ansehen wollen, so z. B. Unterholzner Verjährungslehre II §. 286 insbes. Note 677, vgl. auch die oben Note 36 angef. Hofdecrete, s. dagegen mit Recht Gerber §. 168 Note 2 a. E.); doch können die Zehenten auch als Pachtzins bei verliehenen Grundstücken vorkommen, somit Ausfluß eines rein persönlichen Verleihungsverhältnisses sein (vgl. auch §. 1103 a. b. G. B.); vgl. Duncker §. 53, Walter Deutsch. Privatr. §. 382 Nr. I.

vativus) in Geld oder Naturalien[43], die Frohnden, welche auch als Staats- oder Gemeindelaſten vorkommen können, als privatrechtliche Reallaſten aber im heutigen öſterreichiſchen Recht nicht mehr exiſtiren[49]; auch im Familienrecht können manche jährliche Präſtationen den Charakter wahrer Reallaſten erhalten, ſo die Apanagen und das Witthum (vidualitium, dotalitium[50]); endlich gehört auch die Leibzucht (der Auszug, das Ausgeding, reservatum rusticum)[51] hierher.

---

48) Hier gilt daſſelbe was Note 47 geſagt wurde; vgl. §. 360 a. b. G. B. und Duncker §. 48.

49) Heutzutage iſt in den meiſten Ländern die Beſtimmung getroffen worden, daß dieſe ſ. g. Feudallaſten unter keinerlei Geſtalt wieder eingeführt werden dürfen; dagegen ſteht nichts im Wege noch heutigen Tags Geld- und Fruchtrenten auf Grundſtücke zu radiciren; vgl. die treffenden Ausführungen von Gerber Syſtem S. 384—385. Nur geht das Princip der freien Radicirung nicht ſo weit, daß man beliebig jede denkbare Leiſtung auf Grund und Boden legen dürfte (wie z. B. auch Gerber §. 168 a. E. meint) ſ. Duncker in der Zeitſchr. f. deutſches Recht XI S. 488 fg., Heimbach S. 407.

50) Vgl. Duncker §. 45. 46, Gerber §. 168 Note 3, Beſeler III §. 194 Nr. III.

51) Darüber daß die Leibzucht, inſofern ſie beſtimmte jährliche Präſtationen zum Gegenſtand hat, eine wahre eigentliche Reallaſt ſei, kann kein begründeter Zweifel beſtehen; vgl. Runde Lehre von der Leibzucht II §. 34, Kori Syſtem des Concursproc. I §. 75 II §. 43 Nr. 7, Heimbach S. 409, Walter §. 529. (Wenn Duncker §. 44 ſich dagegen ausſpricht, ſo bezieht ſich ſein Widerſpruch nur darauf daß die Leibzucht nicht durch Vertrag als Reallaſt begründet werden könne, indem Duncker damals noch der Anſicht war, daß Reallaſten überhaupt durch Vertrag nicht begründet werden könnten: da aber Duncker ſpäter in der Note 26 angeführten Abhandlung ſeine Anſicht in dieſem Punkt änderte, ſo iſt es unrichtig, wenn Walter §. 529 Note 7 Duncker noch immer als Diſſentienten anführt; aus gleichem Grund iſt Beſeler III S. 434 a. A.) Unſere öſterr. Schriftſteller ſprechen vom Ausgeding in der Regel nur bei Gelegenheit des §. 1284 fg. a. b. G. B. in welchem von rein perſönlichen Leibrenten (vgl. Note 6) die Rede iſt, ſo z. B. Zeiller III S. 692, Scheiblein Handb. S. 648, Winiwarter IV S. 547, Nippel VIII S. 38 (vgl. auch Stubenrauch II S. 241. 242). Dieſe Behandlungsweiſe iſt mit Recht von Rößler in der Note 25 angef. Schrift getadelt worden (S. 22 fg., der aber freilich den eigentlichen Sitz des Übels nicht zu beſtimmen vermag); aber auch dasjenige was Rößler ſelbſt ſagt (S. 27 lit. b), iſt ungenügend, da mit der Bemerkung, daß die beſtimmten jährlichen Leiſtungen, welche den Gegenſtand des Ausgedinges ausmachen, „Unterhaltsbeiträge zur Verſorgung des alten abtretenden Wirthes ſeien," das charakteriſtiſche Weſen dieſes Inſtituts auch nicht im entfernteſten bezeichnet wird, daher denn auch die irrige (vgl. Note 25) Anſicht Rößler's (S. 60 fg.), daß „der Auszug in ſeiner wahren rechtlichen Natur als eine Satzpoſt zu betrachten ſei."

III. Personalrechte. Realrechte.

§. 64. Ein Privatrecht als das Befugniß einer bestimmten Person in den durch das objective Privatrecht geregelten Beziehungen zu handeln und von Andern Handlungen oder Unterlassungen zu fordern entsteht in der Regel durch ein Ereigniß, welches eben diese bestimmte Person betrifft, also durch Handeln und Leiden eben dieser individuell bestimmten Person[1]. Die Person, welcher das Recht zustehen soll, ist somit durch die das Recht erzeugende Thatsache schon individuell bestimmt; so ist z. B. bei einer Heirath, bei einem Vertrag, bei einer Occupation u. s. f. die Person des Berechtigten sofort und unmittelbar bestimmt. Es gibt aber auch Fälle in welchen die berechtigte Person nicht unmittelbar sondern mittelbar bestimmt wird. In diesen Fällen wird nemlich an eine allgemeine mit den verschiedensten Individuen vereinbare Eigenschaft[2] ein Recht geknüpft, so daß derjenige in dem sich diese Eigenschaft findet, bei dem diese allgemeine Voraussetzung eintritt, der Berechtigte ist. Innerhalb der Sphäre des Privatrechts gibt es mehrere solche Fälle, so z. B. bei Testamenten die Erbeinsetzung einer persona incerta[3], bei Obligationen die Papiere auf den Inhaber[4]. Einer der wichtigsten Fälle ist die Verknüpfung eines Rechts mit einer (unbeweglichen) Sache in der Weise, daß dem jeweiligen Eigenthümer der Sache das Recht zusteht welches an die Sache geknüpft ist[5]. Rechte dieser Art nennt man Realrechte (jura

---

1) Vgl. Savigny System II §. 103 Obl. R. I §. 15, Wächter Handb. II §. 49; vgl. auch Gerber System §§. 156. 166.

2) Über die verschiedenen Beziehungen und Richtungen, in welchen eine solche allgemeine Eigenschaft vorkommen kann vgl. Savigny System II S. 376 fg.

3) Hier wird das Successionsrecht nicht einer individuell gedachten und bestimmten Person verliehen, sondern an eine allgemeine Eigenschaft gebunden z. B. wer zuerst auf mein Grab kommen wird soll Erbe sein §. 25—27 I. de leg. (2, 20) l. 40 pr. D. de reb. dub. (34, 5).

4) Hier wird die Person des Forderungsberechtigten durch den Besitz des Schuldscheins bestimmt. Wenn es im §. 1393 a. b. G. B. heißt: „Schuldscheine die auf den Überbringer lauten, werden schon durch die Übergabe abgetreten," so ist dieß ungenau ausgedrückt, da jeder Schuldschein als Urkunde durch die Übergabe animo dominium transferendi auf den Empfänger übertragen wird: das Gesetzbuch gebraucht den Ausdruck Schuldschein für die im Schuldschein gleichsam verkörperte Forderung welche abgetreten wird. Das Nähere im Obl. R.

5) Darüber daß im System die Lehre von den Realrechten in den allgemeinen Theil gehöre vgl. insbes. Wächter Erörter. Heft I S. 120.

realia); im Gegenſatz zu ihnen kann man alle übrigen Rechte Perſonalrechte nennen[6].

A. Die Perſonalrechte können an die (unmittelbar oder mittelbar) beſtimmte Perſon dergeſtalt weſentlich gebunden ſein, daß ſie dieſer Perſon ſelbſt inhäriren, daher auf andere Perſonen nicht übertragen werden können und mit ihrem Tod auf ihre Erben nicht übergehen. Rechte dieſer Art heißen höchſtperſönliche Rechte, jura personalissima (Perſonalrechte im engern Sinn). Die Rechte, welche eine ſolche höchſtperſönliche Natur haben, laſſen ſich auf keinen gemeinſammen Mittelpunkt zurückführen[7]. Insbeſondere gehö-

---

6) Zu den Perſonenrechten in dieſem Sinn gehören ſowohl jene Fälle, in welchen die berechtigte Perſon unmittelbar und individuell beſtimmt iſt, als auch alle übrigen Fälle, in welchen die berechtigte Perſon nur mittelbar und in allgemeiner Weiſe beſtimmt wird. — Über den Ausdruck Perſonalrecht vgl. Wächter Erörter. Heft I S. 108 fg.

7) Vgl. Heimbach im R. L. IX S. 146. — Es war bis auf unſere Tage herauf in der gemeinrechtlichen Literatur üblich ſich nicht damit zu begnügen, den Begriff der Ceſſion auf die Forderungsrechte zu beſchränken, ſondern ganz allgemein die Frage aufzuwerfen, welche Rechte überhaupt ceſſibel ſeien, welche nicht, ſomit den Begriff der Ceſſibilität auf das ganze Rechtsgebiet zu erſtrecken (vgl. Mühlenbruch in ſeinem Epoche machenden Werk Die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte 3. Aufl. 1836 S. 3 und §. 22). So wirft z. B. Thibaut noch in der 8. Aufl. ſeines Syſtems (1834) §. 532 jene Frage ganz allgemein auf und man ſprach häufig wie von der Ceſſion einer Forderung ſo von der Ceſſion des Eigenthums, des Nießbrauchs u. ſ. f. Auch das öſterr. Geſetzbuch folgt jener älteren Darſtellungsweiſe; nachdem es im §. 1392 den Begriff der Ceſſion dahin angegeben hat, daß die Ceſſion in der Übertragung einer Forderung von einer Perſon auf die andere beſtehe, wird im §. 1393 die Frage aufgeworfen, welche Rechte überhaupt Gegenſtand der Abtretung ſeien, d. h. nachdem im §. 1392 der Begriff der Ceſſion auf Forderungsrechte beſchränkt wurde, wird er im unmittelbar darauf folgenden Paragraphen wieder nicht auf Forderungen beſchränkt, ſondern gelehrt daß „alle veräußerlichen Rechte Gegenſtand der Abtretung ſeien" (eine Erklärung welche ein reines idem per idem iſt, da wenn man einmal weiß was veräußerlich iſt man auch bereits weiß was abtretbar iſt, und der Satz: alle abtretbaren Rechte ſind veräußerlich ebenſo richtig iſt als der Satz: alle veräußerlichen Rechte ſind abtretbar). Zu welchen Verwirrungen eine ſolche Auffaſſung und Darſtellung führen müſſe, liegt auf der Hand und ſo iſt es denn gekommen, daß mancher öſterr. Schriftſteller den Kauf als ein Ceſſionsgeſchäft darſtellt (vgl. oben §. 64 Note 48) und daß man für den Satz res cum sua causa transit wohl auch den §. 1394 a. b. G. B. angeführt findet. Für die Beantwortung der Frage, welche Rechte überhaupt ceſſibel ſeien, welche nicht, ſuchte man in der älteren Literatur nach einer allgemeinen durchgreifenden Regel und glaubte ſie ſchon in der Gloſſatorenzeit in dem (freilich auch früher ſchon oft mit Recht angefochtenen) Satz finden zu können: Quae non sunt transmissibilia ad heredem per cessionem non transeunt, Was nicht transmiſſibel iſt, iſt nicht ceſſibel (vgl. insbeſ. Mühlenbruch Ceſſion

ren hierher die (angeblichen) Perſonen Zuſtandrechte (jura status ſ. oben §. 60)[8], aber auch manche Vermögensrechte tragen dieſen Charakter an ſich, ſo jene welche auf Befriedigung der Bedürfniſſe oder auf die individuellen Intereſſen einer beſtimmten Perſon Beziehung haben[9], ferner jene Rechte aus obligatoriſchen Verhältniſſen bei welchen es auf die individuelle Qualität der Perſon ankommt[10]. Dieſe höchſtperſönlichen Rechte können wie geſagt an ſich

---

S. 254 fg.). Dieſe allgemeine Regel ging denn auch in das bürgerliche Geſetzbuch über; §. 1393 beſtimmt daß „Rechte welche der Perſon ankleben, folglich mit ihr erlöſchen, nicht abgetreten werden können." Da man nun früher den wichtigen Unterſchied zwiſchen der Übertragbarkeit des Rechts an ſich und der Ausübung nach überſah (vgl. Mühlenbruch Ceſſion S. 2) und ſtets ohne weiteres von einer Übertragbarkeit oder Nichtübertragbarkeit des Rechts ſprach, wo nur von einer Übertragbarkeit der Ausübung des Rechts die Rede ſein kann (vgl. z. B. §. 507 a. b. G. B.), ſo muß jene Regel ſich bei näherer Betrachtung als eine falſche erweiſen. Denn es gibt Rechte, welche nicht auf die Erben übergehen und doch der Ausübung nach übertragbar ſind: ſo z. B. geht der Nießbrauch nicht auf die Erben über und iſt dennoch der Ausübung nach übertragbar (vgl. ſchon Lauterbach Colleg. theor. pract. lib. XVIII lit. 4 §. 29 i. f.); ebenſo iſt das Recht auf eine Leibrente (§. 1285 a. b. G. B.) auf Alimente (§. 1418 a. b. G. B.) auf Unterſtützung in gewiſſen Friſten (§. 955 a. b. G. B.) nicht transmiſſibel und dennoch der Ausübung nach auf die Lebenszeit des Berechtigten übertragbar.

8) Vgl. Zeiller IV S. 84 Nr. 4, Wächter II S. 293. 322 lit. b. — In der That aber handelt es ſich hier gar nicht um Rechte die abgetreten werden könnten, ſondern lediglich um Zuſtände und Verhältniſſe, welche ſelbſtverſtändlich weder transmittirt noch übertragen werden können (vgl. Mühlenbruch Ceſſion §. 4 Note 4), wie die Qualität Gatte, Vater, Sohn, Staatsbürger u. ſ. f. Auch das Erbrecht d. h. die Qualität Erbe zu ſein, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit eines Verſtorbenen zu repräſentiren, geht auf die Erben eines Erben nicht direct, ſondern nur mittelbar über (l. 3 D. de H. P. l. 494 D. de R. J.).

9) Hierher gehören die perſönlichen Servituten (vgl. jedoch §. 529 a. b. G. B.), das Recht auf Alimente (§. 1418 a. b. G. B.), auf Leibrenten (§. 1285 a. b. G. B.), auf Unterſtützung in gewiſſen Friſten (§. 955 vgl. §. 687 a. b. G. B.), die Leibzucht; aus dem gleichen Grund iſt das Wiederkaufs- und Verkaufsrecht ein höchſtperſönliches Recht (§. 1070. §. 1074 a. b. G. B.), vgl. Gerber §. 176, Beſeler II S. 329. 330.

10) So z. B. bei der Societät (§. 1186. §. 1206 a. b. G. B.), beim Mandat (§. 1022 a. b. G. B.) u. ä. m. Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß die aus jenen obligatoriſchen Rechtsverhältniſſen erwachſenen pecuniären Anſprüche, welche mit der actio pro socio, mandati u. ſ. f. geltend gemacht werden, ſowohl auf die Erben übergehen als auf andere Perſonen übertragen werden können (l. 63 §. 8 D. pro soc. 17, 2 vgl. Mühlenbruch Ceſſion S. 286), und das Gleiche gilt in Anſehung der einzelnen Forderungen, welche aus den Note 9 angeführten höchſtperſönlichen Rechten entſpringen.

nicht auf andere Personen übertragen werden[11], wohl aber können manche von ihnen der Ausübung nach auf Andere übertragen werden, so daß also das Recht selbst bei dem Übertragenden bleibt und mit dem Tode desselben erlischt[12], während manche dieser Rechte selbst der Ausübung nach gar nicht oder nur beschränkt auf Andere übertragen werden können[13]. Endlich gibt es Rechte, welche auf eine vermögensrechtliche Leistung gehen, dennoch aber an sich weder abtretbar noch vererblich sind, welche jedoch durch Erhebung der aus dem Recht entspringenden Klage[14] die Fähigkeit erhalten, sowohl auf die Erben überzugehen, als auch auf andere Personen übertragen zu werden[15].

---

11) So kann insbesondere weder das Recht Erbe zu sein noch das Recht Erbe zu werden an sich auf andere Personen übertragen werden: was andern Personen überlassen werden kann ist lediglich die Ausübung und Geltendmachung der zufolge dieser Qualität uns zustehenden pecuniären Vortheile (vgl. Mühlenbruch Cession S. 288 fg.). Durch den Erbschaftskauf wird also der Käufer nicht etwa Erbe, er erwirbt nur die einzelnen Vermögensrechte und übernimmt die einzelnen Verbindlichkeiten, welche die vermögensrechtliche Peripherie des Verstorbenen bildeten: im Centrum des Vermögenskreises bleibt der eingesetzte Erbe stehen. Durch den Verkauf einer erst angefallenen Erbschaft (§. 1278 a. b. G. B.) erhält der Käufer nicht etwa das Recht statt des eingesetzten Erben Erbe zu werden, sondern durch die Erbschaftsantretung, welche der Eingesetzte in eigener Person oder durch Stellvertreter, also auch durch den Käufer der angefallenen Erbschaft vornehmen kann, wird die eingesetzte Person Erbe. Das österreichische Gesetzbuch hält jedoch an diesen Begriffen nicht streng fest, sondern sieht in nicht zu billigender Weise gewissermaßen auch den Käufer der Erbschaft als Erben an, und bestimmt (§. 1282) im Widerspruch mit dem röm. Recht (l. 2 C. de her. vend. 4, 39), wohl aus einem früher ziemlich häufigen Mißverständniß des röm. Rechts (l. 1 C. eod. l. 54 pr. D. de H. P. l. 18 §. 9 eod. l. 44 D. de jure fisci 49, 14, vgl. Hasse im Arch. f. civilist. Praxis V S. 88. 64) daß sich die Erbschaftsgläubiger und Legatare sowohl an den Erben als an den Erbschaftskäufer halten können; hieraus erklärt sich auch die Schlußbestimmung des §. 1282 a. b. G. B., „daß die Erbschaftsantretung des Einen (d. h. des eingesetzten Erben oder des Käufers der angefallenen Erbschaft) auch für den Andern gilt." Hierdurch ist dieses einfache Verhältniß zu einem vielfach verwickelten und schwierigen geworden; vgl. z. B. was Zeiller III S. 686 Nr. 4 sagt.

12) Dieß ist z. B. der Fall beim Nießbrauch, in Ansehung mancher persönlicher Privilegien (vgl. unten §. 65); ebenso können die Forderungen auf Alimente, Leibrenten u. s. f. auf die Lebenszeit des Berechtigten der Ausübung nach auf andere Personen übertragen werden (vgl. Mühlenbruch Cession S. 308. 309).

13) So z. B. das Gebrauchsrecht (§. 507 a. b. G. B.), manche persönliche Privilegien (vgl. §. 65 Note 33), die (angeblichen) Personenrechte.

14) Über den entscheidenden Proceßabschnitt s. das Nähere im 2. Bd.

15) Über die Fälle, welche nach römischem Recht hierhergehören herrscht Streit (vgl. Mühlenbruch Cession §. 26, Kierulff I S. 227. 228, Savigny II

Den Gegensatz zum Personalrecht im engern Sinn[16] bilden alle übrigen Personalrechte, welche der Person nicht inhäriren und daher mit dem Tod der Person nicht zu bestehen aufhören, sondern vielmehr auf die Erben derselben übergehen und an sich oder doch der Ausübung nach auf andere Personen übertragen werden können. Hieher gehören in der Regel die Vermögensrechte.

B. Unter Realrechten[17] versteht man Rechte, welche an eine

S. 121 fg. V S. 199 fg., Wächter Handb. II S. 532. 533 Erört. III S. 110 fg., Arndts §. 104 Anm. 1). Nach österr. Recht gehört nur mehr (vgl. §. 949 a. b. G. B.) der eine und einzige Fall der Privatstrafe, den unser heutiges Recht noch kennt, hierher, nemlich die Forderung des Schmerzensgeldes §. 1325 a. b. G. B.; von diesem Recht kann man in der That sagen magis vindictae quam pecuniae persecutionem habet, es ist daher (gleich der actio injuriarum l. 13 l. 28 D. h. t. 47, 10) als ein höchstpersönliches Recht anzusehen, welches auf die Erben nur in so fern übergehen kann als der Verletzte noch bei Lebzeiten dasselbe gerichtlich gefordert hat. Dieß ist auch die Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller; vgl. Voët Comment. I lib. 9 tit. 2 §. 11, Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts §. 337, Tittmann Handb. der Strafrechtswiss. I §. 173, Glück X S. 589. (Elterlein in seiner umständlichen Abhandl. über das Schmerzensgeld in den Neuen Jahrb. für sächs. Strafrecht II S. 115—145. 171—196, der S. 137 den §. 1325 a. b. G. B. übersehen hat, erwähnt diese Frage nicht.) Die (unrichtige) Ansicht eines Oberlandesgerichts, daß das Schmerzensgeld nicht als ein höchstpersönliches Recht anzusehen sei, sondern ohne weiteres auf die Erben übergehe, theilt die allg. G. Z. 1854 Nr. 61 mit. —

16) So wie es höchstpersönliche Rechte gibt, so gibt es auch höchstpersönliche Verbindlichkeiten, welche auf die Erben nicht übergehen; so gehen manche Obligationen bei denen es auf die individuelle Qualität des Obligirten ankommt auf die Erben nicht über; so z. B. das Mandat (§. 1022 a. b. G. B.), der Lohnvertrag (§. 1162 a. b. G. B.), die Obligatio des §. 955 a. b. G. B. u. ä. m. Doch versteht es sich auch hier wieder von selbst, daß die aus solchen Obligationen bereits entsprungenen Verpflichtungen zu pecuniären Leistungen auf die Erben übergehen und von ihnen mit der entsprechenden Vertragsklage eingetrieben werden können (l. 35 l. 36 D. pro soc. 17, 2). Nach römischem Recht gibt es noch manche wichtige Fälle, in welchen Verbindlichkeiten auf die Erben (dafern noch nicht Lis contestirt war) nicht übergehen, indem die aus Delicten entspringende Verpflichtung zur Leistung einer eigentlichen Privatstrafe so wie des Schadenersatzes auf die Erben des Verletzers entweder gar nicht oder nur in beschränkter Weise übergehen (vgl. Savigny V S. 202—204, Arndts §. 104). Hierin weicht das heutige gemeine Recht und das heutige österr. Recht (§. 1337 a. b. G. B. und wie es scheint beide wieder unter einander) vom römischen Recht ab. Nur zwei Fälle gibt es nach österr. Recht, in welchen die aus einem Delict entspringende Verpflichtung zu einer pecuniären Leistung auf die Erben nicht übergeht, nemlich die Verpflichtung zur Entrichtung einer öffentlichen Geldstrafe, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilt war §. 348 a. b. G. B. (das Nähere über die hier einschlagenden vielbestrittenen Fragen weiter unten) und die Verpflichtung zur Bezahlung des Schmerzensgeldes.

17) Vgl. Maurenbrecher I §. 347 fg., Reyscher I §. 245 fg., Mitter-

unbewegliche[18] Sache dergestalt geknüpft sind, daß dem jeweiligen Eigenthümer der Sache das an die Sache geknüpfte Recht zusteht. In Fällen dieser Art vermittelt die Sache die Verknüpfung des Rechts mit der Person; diese ist nicht im vorhinein und individuell bestimmt, sondern jeder der zu irgend einer Zeit die Qualität hat Eigenthümer der Sache zu sein ist auch in Ansehung des Realrechts der Berechtigte. Als Realrechte kommen Rechte der verschiedensten Art vor. Es können sowohl Rechte, welche ins Gebiet des öffentlichen Rechts gehören (z. B. die Patrimonialgerichtsbarkeit, das Patronatsrecht, die Wahlfähigkeit u. s. f.) als Privatrechte an eine Sache geknüpft sein. Die an eine Sache geknüpften Privatrechte können wieder Rechte der verschiedensten Art sein, so dingliche Rechte (z. B. Realservituten), persönliche Rechte (wie z. B. der Anspruch auf eine Geldleistung[19], die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung, Gewerbsrechte[20], Ge-

---

maier I §. 173 a insbes. aber Wächter Handb. II S. 323 fg. — Der Ausdruck Realrecht (jus reale) wird auch öfters gebraucht, um das Recht an einer Sache zu bezeichnen, also für dingliches Recht; in diesem Sinn wird der Ausdruck Realrecht in objectiver Beziehung gebraucht (Recht dessen Object ein Reale ist), während bei der im Text gegebenen Bedeutung dieses Wort in subjectiver Beziehung gebraucht wird (Recht dessen Subject gleichsam eine Sache ist). Man bezeichnet das Realrecht auch öfters mit dem Ausdruck dingliches Recht, wohl auch subjectiv-dingliches Recht und spricht im Gegensatz hierzu von persönlichen Rechten, so z. B. dingliche (Prädial-) und persönliche Servituten (vgl. §. 473 a. b. G. B. §. 425—430 I 2 preuß. Landr., Savigny II S. 378; jede Servitut ist ein dingliches Recht im objectiven Sinn d. h. ein Recht, das auf einer Sache haftet: je nachdem aber das berechtigte Subject zunächst eine Sache oder eine Person ist, sagt man die Servitut sei ein [subjectiv-] dingliches oder persönliches Recht). Zur Bezeichnung des fraglichen Verhältnisses gebraucht man wohl auch öfters den Ausdruck radicirtes Recht; jedoch hat auch dieser Ausdruck eine doppelte Bedeutung und Beziehung, indem ein Recht sowohl activ als passiv auf Grund und Boden radicirt sein kann d. h. es kann das Recht an eine Sache geknüpft sein (Realrecht z. B. ein radicirtes Gewerberecht) oder es kann die dem Recht entsprechende Verpflichtung, die Last, auf dem Grund und Boden haften wie z. B. bei Servituten und Reallasten (s. oben §. 68).

18) Daher werden diese Rechte von Manchen (z. B. von Reyscher) Gutsrechte genannt.

19) So ist z. B. in Folge des Erlasses des Justizminister. v. 30. Juli 1850 (Michel Nr. 548) die Entschädigungsforderung für die durch Gesetz v. 7. Sept. 1848 aufgehobenen oder als ablösbar erklärten Rechte als Realrecht erklärt d. h. an das Grundstück geknüpft worden, dem jene nunmehr aufgehobenen oder als ablösbar erklärten Rechte bisher zustanden.

20) Diese an ein Grundstück geknüpften Gewerbsrechte (vgl. hierüber Reyscher in der Zeitschr. f. deutsch. Recht V Nr. 5 S. 53 fg.) nennt man bei uns gewöhnlich radicirte Gewerbe (vgl. z. B. das Hofdecr. v. 20. Febr. 1775, Michel Nr. 540) und versteht unter Realgewerbsrechten die nicht an ein Grundstück ge-

rechtigkeiten aus Regalien[21], Steuerfreiheit[22] u. ſ. w. Es können ſowohl Rechte, welche aus den allgemeinen Rechtsnormen (und zwar aus dem jus commune und dem jus singulare) als ſolche welche aus Privilegien im engern Sinne (Einzelgeſetzen) entſpringen, an eine Sache geknüpft ſein. Schon im römiſchen Rechte finden ſich ſolche Realrechte[23], insbeſondere aber iſt dieſe Art der Verknüpfung im deutſchen Rechte häufig und wichtig geworden[24]. Die juriſtiſche Natur eines Rechtes wird durch die Verknüpfung desſelben mit einer Sache nicht geändert; das Recht behält ſeinen Charakter ungetrübt, indem die Verknüpfung mit der Sache nur die Bedeutung hat an die Stelle der unmittelbaren Beſtimmung einer individuellen Perſon eine allgemeine Beziehung zu ſetzen, durch welche der Inhalt des Rechts nicht im entfernteſten afficirt wird; das Recht bleibt vielmehr ohne Rückſicht auf die Art und Weiſe, wie es an die Perſon geknüpft wird, ſtets dasſelbe. Daraus ergibt es ſich, daß es ganz unrichtig iſt, wenn man wie dieſes öfter geſchieht[25] im Syſtem des Rechts alle Realrechte neben einander aufzählt und ſie dann einzeln ausführlich darſtellt, da das Gemeinſame aller Realrechte lediglich in der Verknüpfung eines Rechtes mit einer Sache beſteht, im übrigen aber zwiſchen dieſen Rechten ſelbſt die größte Verſchiedenheit obwaltet. Nur in ſo fern laſſen ſich gewiſſe allgemeine allen Realrechten zukommende Sätze aufſtellen, als aus dem Umſtande daß ein Recht an die Sache ge-

---

knüpften frei veräußerlichen (verkäuflichen) Gewerbsrechte im Gegenſatz zu den perſönlichen Gewerbsrechten (vgl. auch Heimbach im R. L. IX S. 72).

21) So kann z. B. das Jagd-, Fiſcherei-, Berg- und Salzrecht ſowohl auf eigenem Grund und Boden als auf fremdem an ein Grundſtück geknüpft ſein; vgl. Reyſcher I §. 245.

22) Vgl. folg. §.

23) So z. B. die Prädialſervituten, ferner Realprivilegien (vgl. folg. Note 29) wie die aqua ex castello (l. 1 §. 43 D. de aq. quot. 43, 20), die Steuerfreiheit (l. 3 §. 1 D. de cens. 50, 15).

24) Wenn manche Germaniſten wie z. B. Maurenbrecher I §. 347, dem Mittermaier a. a. O. und Andere gefolgt ſind, zwiſchen deutſchen und römiſchen Realrechten einen begrifflichen Unterſchied machen wollen, ſo iſt dieß ebenſo willkürlich als ihre Unterſcheidung der Realrechte in Realrechte im weiteren und engeren Sinn; vgl. unten Note 32.

25) So z. B. von Maurenbrecher und Reyſcher a. d. a. O.; ſ. dagegen ſchon Albrecht in den Krit. Jahrb. 1839 S. 348 und Wächter Erörter. Heft I S. 120.

knüpft, mit ihr verbunden ist, also aus der Thatsache der Verknüpfung gewisse Folgerungen sich ergeben.

Diese allgemeinen aus dem Begriffe eines Realrechts sich ergebenden Sätze sind folgende:

1) Das wahre berechtigte Subject bei dem Realrecht ist nicht die Sache sondern die Person, welcher die Sache gehört. Die Sache vermittelt nur die Verknüpfung des Rechts mit der Person, sie selbst als Willenloses kann nicht Träger des Rechtes sein. Wenn daher das Realrecht häufig als ein der Sache selbst ertheiltes Recht dargestellt und von einer herrschenden Sache, einem berechtigten praedium gesprochen wird[26], so ist dieß nur bildlich zu verstehen und man darf das fragliche Verhältniß nicht so auffassen, als wäre nunmehr in der That die Sache das eigentliche Rechtssubject, als sei die Sache als eine juristische Person anzusehen deren Rechte von dem Eigenthümer der Sache nur als Stellvertreter derselben ausgeübt würden[27]. Wem die Sache gehört, an welche das Recht geknüpft ist, dem steht das Recht nicht bloß der Ausübung nach, sondern in seiner totalen Existenz zu und er ist befugt über dieses Recht frei zu verfügen ohne irgendwie Rücksicht auf die Sache selbst nehmen zu müssen, an welche das Recht geknüpft ist, so daß er z. B. ohne weiteres die Realservitut aufgeben kann, obgleich dieselbe dem Interesse der Sache dient[28].

2) Das wahre berechtigte Subject ist jener, dem die Sache gehört,

---

26) So heißt es in l. 1 §. 43 cit. l. 3 §. 1 cit. jus rei datur, rei conceditur; im pr. und §. 1 I. de servit. (2, 3) und l. 23 §. 2 D. de S. P. R. (8, 3) jus praedii, fundo servitus debetur l. 12 D. de servit. (8, 1) fundo servitus acquiritur l. 31 D. de S. P. R. fundus id jus aquae amisit. §. 474 a. b. G. B.

27) Diese Personificationstheorie findet sich bei Heise Grundr. I. §. 98, Reyscher I §. 245 fg. und Böcking I S. 231 (der sie Note 8 lebhaft zu vertheidigen sucht); s. dagegen Kierulff I S. 130 Note*, Fritz Erläuter. I S. 150 fg., Puchta Pandekt. §. 28 Note l, Wangerow I S. 106. 107, Savigny II S. 379. 380, Maurenbrecher I §. 348 und jetzt auch Elvers Die röm. Servitutenlehre (1854) §. 10; vgl. oben §. 42. Die Verschiedenheit der Auffassung ist nicht bloß eine theoretische, sondern sie hat auch wichtige praktische Folgen, so insbesondere rücksichtlich der Frage, wer die rückständigen Leistungen zu beziehen habe wenn das herrschende Grundstück an einen neuen Eigenthümer kam; vgl. einerseits Reyscher I §. 245 Nr. 3, andererseits Maurenbrecher I §. 348 Nr. 2 und Mittermaier I §. 173 a Nr. 5.

28) Savigny II S. 380. Wäre die Ansicht richtig, daß das eigentlich berechtigte Subject die Sache sei, dann wäre in der That nicht zu erklären wie durch Vereinigung des dienenden und herrschenden Grundstücks in einer Person das Realrecht erlöschen solle; vgl. im Text Nr. 8.

das heißt der jeweilige Eigenthümer der Sache. Man pflegt zwar gewöhnlich sich dahin auszudrücken, dem jeweiligen Besitzer der Sache stehe das Recht zu, das Recht sei mit dem Besitz der Sache verbunden, wer den Besitz habe, der habe das Recht[29]. Diese Ausdrucksweise, welche sich auch im österreichischem Gesetzbuch (§. 298) findet ist in so fern ungenau, als der Ausdruck Besitz hierbei im weitern unjuristischen Sinn genommen werden muß, in welchem er mit Eigenthum gleichbedeutend ist. Denn der bloße juristische Besitzer der Sache kann in Ansehung des Realrechts nicht in einem andern Verhältniß stehen als in Ansehung der Sache selbst. Er übt zwar factisch das an die Sache geknüpfte Recht so aus, wie er factisch das Eigenthumsrecht an der Sache selbst ausübt (l. 12 D. quemadm. servit. 8, 6), aber sowenig ihm dieses zusteht, so wenig jenes. Daher kann z. B. der juristische Besitzer der Sache die an dieselbe gebundenen Rechte nicht mit der Wirkung aufgeben, daß diese Rechte dadurch für den wirklichen Eigenthümer der Sache verloren gingen[30].

3) Das Realrecht ist eine juristische Eigenschaft der Sache und daher gleich den physischen Eigenschaften der Sache nicht bloß als ein äußerliches Anner sondern als eine inhärirende Qualität der Sache zu betrachten (conditio fundi l. 23 §. 2 D. de S. P. R.)[31]. Und zwar gilt dieß auch von jenen Realrechten, welche in keiner unmittelbaren inneren Beziehung zur Sache selbst stehen. Man kann nemlich bei den Realrechten solche unterscheiden, welche zur Sache an welche sie geknüpft sind in dem Sinne in einer innern Beziehung stehen, daß sie dem Interesse der Sache dienen, der Sache selbst unmittelbar einen Vortheil gewähren, wie die Prädialservituten welche die ökonomische Ertragsfähigkeit oder die Annehmlichkeit des Grundstücks erhöhen: Rechte dieser Art können ohne Verbindung mit der Sache der sie dienen gar nicht existiren. Dagegen gibt es Realrechte,

---

29) So z. B. sagt Reyscher I §. 245 „Gutsrechte sind Rechte, welche einem Gute anhängen und daher von dem jeweiligen Besitzer desselben als solchem ausgeübt worden" (vgl. daselbst Note 8); Mittermaier §. 173 a „Realrechte sind Befugnisse, welche an den Besitz eines gewissen Grundstücks geknüpft sind;" vgl. dagegen mit Recht Wächter II S. 326 Note 14.

30) So z. B. kann der bloße Besitzer eines herrschenden Grundstücks durch Verzicht auf die Servitut den Eigenthümer der Sache nicht um dieselbe bringen.

31) l. 86 D. de V. S. Quid aliud sunt jura praediorum quam praedia qualiter se habentia ut bonitas salubritas amplitudo.

welche keine solche innere Beziehung auf die Sache selbst haben, welche daher auch ohne Verknüpfung mit einer Sache recht wohl bestehen können und somit wesentlich selbständiger Natur sind, wie z. B. Gewerbrechte[32]. Demnach sind auch diese Realrechte nicht als Pertinenzen als Zugehör im technischen Sinn, sondern als juristische Qualität der Sache aufzufassen, da ein Recht überhaupt nicht Zubehör einer Sache im technischen Sinn sein kann und die Pertinenzqualität durch ganz andere Merkmale bestimmt wird[33]. Wenn man daher wie dieses häufig geschieht[34] die Realrechte Pertinenzen der Sache nennt, so nimmt man hierbei das Wort Zubehör in jenem weiten unjuristischen Sinn, in welchem er nichts anderes ausdrückt als daß zwei Gegenstände in einer gewissen Beziehung zu einander stehen, daß sie zu einander gehören.

4) Da das Realrecht eine juristische Qualität der Sache ist, so nimmt es an allen Rechtsverhältnissen Theil in denen die Sache selbst

32) Auf Rechte dieser Art, welche auf das Grundstück woran sie geknüpft sind keine Beziehung haben, beschränkt Maurenbrecher I §. 347 in ganz willkürlicher Weise den Begriff des Realrechts.

33) Vgl. oben §. 55. Der Begriff des Zubehörs ist, soll nicht gänzliche Verwirrung entstehen, auf (körperliche) Sachen zu beschränken. Ein Recht kann niemals Pertinenz einer Sache sein: weder jenes Recht, welches die geschilderte innere Beziehung zur Sache hat, da hier (wenn man schon überhaupt den Begriff der Pertinenz auf Rechte ausdehnen will) zwar das eine Merkmal der Pertinenzen vorhanden wäre, welches in der Unterordnung behufs der Dienst- und Hilfeleistung besteht, das andere Merkmal dagegen, die Möglichkeit selbständiger Existenz, gänzlich fehlt (so z. B. kann die Prädialservitut vom bestimmten herrschenden Grundstück nicht getrennt und auf ein anderes übertragen werden); noch jenes Recht, welches selbständig für sich bestehen kann wie z. B. das Realgewerberecht, indem hier das andere Merkmal der Pertinenzqualität fehlt, nemlich die Bestimmung der Sache zu dienen. Dennoch zählen manche Schriftsteller die Realrechte der letzteren Art (die s. g. deutschen Realrechte) zu den Pertinenzen, s. z. B. selbst Böcking I S. 282 Note 8, während gerade umgekehrt Andere z. B. Maurenbrecher I §. 347 diesen Realrechten die Pertinenzqualität absprechen und sie den anderen Realrechten z. B. den Prädialservituten und dem Recht auf Reallasten zusprechen. Überhaupt wird von den Germanisten mit diesem Begriff der Pertinenzeigenschaft eines Rechts großer Mißbrauch getrieben; so z. B. führt Mittermaier I §. 173 a Nr. als eine eigene Classe von Realrechten jene auf, welche Pertinenzen des Grundstücks seien, an welches das Recht gebunden ist, während es doch an allem Kriterium dafür fehlt, warum gerade das von ihm Note 8 angeführte Jagd- und Fischereirecht eine Pertinenz sein soll und warum das Recht auf Reallasten nicht. Auch Albrecht Krit. Jahrb. 1839 S. 348 will den Begriff der Realrechte auf die Pertinenzqualität zurückführen.

34) Vgl. die in der vor. Note angef. Schriftst. und s. auch Reyscher I §. 245 Nr. 1.

steht. Wird daher die Sache veräußert, so ist von selbst das Realrecht mit veräußert[35]; wird die Sache verpfändet, so ist das Realrecht von selbst mit verpfändet; wer das Eigenthum der Sache erwirbt, erwirbt dadurch von selbst das Realrecht[36].

5) Das Realrecht geht mit dem Erwerb der Sache auf den Erwerber derselben über: es kann aber auch nur auf diesen übergehen. Stirbt daher der Eigenthümer der Sache, so geht das Realrecht nur auf jene Person über, welcher die Sache kraft der letztwilligen Verfügung des Erblassers zufällt z. B. auf dem Legatar. — Es gibt jedoch nach deutschem[37] und österreichischem Recht Fälle, in welchen die Befugniß zur Ausübung des an die Sache geknüpften Rechtes nicht bloß durch das Eigenthum der Sache sondern noch überdieß durch das Vorhandensein besonderer persönlicher Qualitäten des jeweiligen Eigenthümers bedingt ist[38]. In Fällen dieser Art geht allerdings das Realrecht selbst auf den Erwerber der Sache über, dem die fragliche Qualität fehlt[39]; allein während seiner Herrschaftsperiode ruht das

---

35) l. 23 §. 2 D. de S. P. R. — quia cum sua conditione quisque fundus publicaretur. l. 67 D. de C. E. (18, 1).

36) l. 36 D. de S. P. R. — empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur. l. 12 D. commun. praed. (8, 4) l. 20 §. 1 D. de A. R. D. §. 442 a. b. G. B. — Die Frage, ob der Nießbraucher und Pächter einer Sache, an welche ein Recht geknüpft ist, auch zur Ausübung dieses Realrechts befugt sei (vgl. Reyscher I §. 245 Note 8, Maurenbrecher I §. 348 Nr. 4, Wächter II §. 49 Note 17 a. E.), kann aus dem Begriff des Realrechts d. h. aus der Qualität eines Rechts Realrecht zu sein nicht gelöst werden: diese Frage muß theils aus der Natur und der durch Gesetze bestimmten Beschaffenheit des Rechts selbst, welches an die Sache geknüpft ist, entschieden werden (wie z. B. bei Prädialservituten, Patronatsrechten), theils ist sie eine quaestio facti.

37) Vgl. Reyscher I §. 245, Maurenbrecher I §. 347 Nr. 4, Wächter §. 49 Nr. 4.

38) So werden in der Regel bei jenen Realrechten, welche dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehören, noch besondere persönliche Qualitäten erfordert, so z. B. zur Ausübung des Landstandrechts, der Wählbarkeit u. s. f. christliche Religion, der Adel, ein bestimmtes Alter u. ä. m., zur Ausübung eines Patronatsrechts eine bestimmte Confession u. s. f.; das Gleiche ist der Fall in Ansehung mancher Realrechte, welche in das Gebiet des Privatrechts gehören, z. B. bei manchen Realgewerbsrechten persönliche Gewerbsbildung.

39) Manche Schriftsteller wie Reyscher §. 245, Maurenbrecher I §. 347 Note 6 und Wächter II S. 327 Note 15 nennen solche Realrechte gemischte; allein diese Bezeichnung ist ganz unpassend (vgl. auch Böcking I S. 334 Note 17), da das Recht als Realrecht gar nicht gemischt sondern ein reines subjectiv-dingliches Recht ist und nur zur Ausübung desselben nebst der Qualität Eigenthümer noch andere Qualitäten erforderlich sind.

Realrecht und tritt erst dann wieder in Wirksamkeit, wenn die Sache an einen Eigenthümer kommt der auch die fragliche persönliche Qualität hat[40].

6) Das Realrecht kann von dem Eigenthümer der Sache nicht einseitig von der Sache getrennt und auf andere Sachen übertragen werden. Bei jenen Realrechten, welche in einer innern Beziehung zur Sache stehen, kann darüber kein Zweifel obwalten, da hier in der That die Trennung des Rechts einer Aufhebung desselben gleichkommt[41]. Aber auch bei den andern an eine Sache geknüpften Rechten, welche nicht in einer innern Beziehung zur Sache stehen, ist in der Regel dem Eigenthümer eine einseitige Trennung und Übertragung nicht gestattet[42], da das Recht eben als an eine bestimmte Sache geknüpft existirt[43]. Daher ist auch eine selbständige Verpfändung des Realrechts nicht zulässig, da diese zur Trennung führt, während hingegen eine selbständige Verpachtung desselben allerdings in jenen Fällen zulässig ist, in denen das in keiner innern Beziehung zur Sache selbst stehende Realrecht einen vermögensrechtlichen Charakter trägt, z. B. bei Realgewerbsrechten, Zehentrechten, Rechten auf Grundzinsen u. s. w.

7) Geht die Sache zu Grunde, so erlischt auch das Realrecht, da es nur eine juristische Eigenschaft der Sache ist (vgl. §. 525 a. b. G. B.)[44].

---

40) Insofern jedoch die Ausübung eines Realrechts einem Andern überlassen werden kann (vgl. Text Nr. 7) braucht das Realrecht nicht zu ruhen, dafern nur die Person, der die Ausübung überlassen wird, die erforderliche persönliche Befähigung hat; z. B. bei Realgewerbsrechten vgl. Reyscher I §. 250.

41) Daher können Realservituten nicht von einem Grundstück auf ein anderes übertragen, ja nicht einmal selbständig verpachtet werden, da in solchem Fall der Vortheil nicht der Sache zu gute käme (l. 44 D. loc. 19, 2 locare servitutem nemo potest).

42) A. A. ist Maurenbrecher I §. 348, der aus seinem willkürlichen Begriff des Realrechts heraus willkürliche Folgen zieht; s. dagegen Mittermaier I §. 173 a, Wächter Nr. 5; schwankend ist Reyscher I §. 253 Note 10 §. 257 Nr. 1. 2, vgl. mit §. 245 Nr. 2 und Note 9.

43) Daher ist zur Übertragung von Realgewerbrechten auf ein anderes Gut eine besondere Bewilligung der Regierung erforderlich (Hofdecr. v. 20. Febr. 1795 lit. b, Michel Nr. 540, Hofkzldecr. v. 12. Juni 1835, Michel Nr. 544), zur Übertragung von Realrechten auf Reallasten Einwilligung des Verpflichteten vgl. Duncker Lehre von den Reallasten S. 163. 164, Reyscher I §. 257 Nr. 2, Heimbach R. L. IX S. 118.

44) Dieser Fall der Beendigung eines Realrechts ist der einzige, welcher aus dem Begriff des Realrechts hervorgeht und daher hierher gehört: alle übrigen Arten der Beendigung z. B. durch Vertrag, Verjährung, Nichtgebrauch u. s. f.

Wird aber die Sache an welche das Recht geknüpft ist wieder hergestellt, so lebt auch das Realrecht wieder auf[45].

8) Wenn ein Realrecht in einem dinglichen Recht an fremden Sachen besteht (z. B. eine Realservitut oder das Recht auf eine Reallast), so erlischt dasselbe durch Vereinbarung des herrschenden Grundstücks mit dem dienenden in einer Hand, da Niemand mit sich selbst in einem Rechtsverhältnisse stehen kann[46]. Wird späterhin eines der beiden Grundstücke veräußert, so lebt das erloschene Recht nicht wieder von selbst auf, sondern es muß von Neuem bestellt werden[47]. Eine Ausnahme hiervon ist durch das Institut der öffentlichen Bücher herbeigeführt, indem ein Recht so lange als bestehend angenommen wird, als es nicht in den öffentlichen Büchern gelöscht wurde (§. 526 a. b. G. B.).

IV. Singuläre Rechte und Privilegien.

§. 65. So wie das objective Privatrecht in generelles und individuelles Recht und das generelle Recht wieder in jus commune und singulare eingetheilt wird (vgl. oben §. 8), so wird in gleicher Weise auch das subjective Privatrecht als der Inbegriff der aus dem objectiven Recht entspringenden Rechte eingetheilt. Entspringt ein Recht aus dem jus commune im objectiven Sinn, so gehört es unter die jura communia im subjectiven Sinn; entspringt es aus dem jus singulare dem Privilegium im weitern objectiven Sinn, so ist es jus singulare im subjectiven Sinn, Privilegium im weitern subjectiven Sinn; entspringt ein Recht aus einem individuellen Gesetz, aus einem Privilegium im engern eigentlichen Sinn, so heißt es selbst Privilegium im eigentlichen subjectiven Sinn[1]. Es sind die

richten sich nach der Natur des Rechts, welches an die Sache geknüpft ist und wird hieran durch diese Verknüpfung nichts geändert.

45) Wird also z. B. das Gebäude, an welches die Servitut geknüpft war, auf derselben Bodenfläche wieder hergestellt, so lebt auch die Servitut wieder auf (l. 20 §. 2 D. de S. P. U. §. 525 a. b. G. B.), ebenso wenn das abgebrannte Haus, woran ein Gewerberecht geknüpft ist, wieder hergestellt wird.

46) l. 4 D. quemadm. serv. (8, 6) Servitutes praediorum confunduntur si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. l. 40 i. f. D. comm. praed. (8, 4) §. 526 a. b. G. B.

47) l. 30 pr. D. de S. P. U; vgl. Duncker Reallasten §. 30.

1) In diesem subjectiven Sinn werden die Ausdrücke privilegium und jus commune gebraucht in l. 37 D. de jure fisc. (49, 14) — quod placuit — eo

ſingulären Rechte und Privilegien im ſubjectiven Sinn welcher einer nähern Betrachtung bedürfen[2].

A. Das ſinguläre Recht im ſubjectiven Sinn (Rechtswohlthat, beneficium juris s. legis, Privilegium im weitern Sinn[3]) iſt das durch ein jus singulare im objectiven Sinn begründete Recht. Das ſinguläre Recht im objectiven Sinn iſt eine Rechtsnorm, welche aus Gründen der utilitas und necessitas für gewiſſe Claſſen von Perſonen Sachen oder Rechtsverhältniſſen Abweichungen vom regelmäßigen Recht (jus commune) feſtſetzt, ſo daß jede Perſon Sache oder Rechtsbeziehung, welche in die bezeichnete Claſſe gehört oder in dieſelbe eintritt, unter die Herrſchaft des anomalen unregelmäßigen Rechts fällt und der fraglichen Rechtswohlthaten theilhaftig wird. Hiernach iſt das ſinguläre Recht im ſubjectiven Sinn das durch eine ſinguläre Rechtsnorm einer gewiſſen Claſſe von Perſonen Sachen oder Rechtsverhältniſſen ertheilte Recht. Die beneficia juris unterſcheiden ſich hiermit in folgende drei Claſſen:

I. Manche ſinguläre Rechte ſind zufolge einer allgemeinen Rechtsnorm zunächſt an eine Sache geknüpft (beneficia rei), dergeſtalt daß dem jeweiligen Eigenthümer dieſer Sache das betreffende anomale Recht zuſteht: ſo z. B. die 20jährige Steuerfreiheit neugebauter Häuſer. Dieſe ſingulären Rechte erſcheinen als Realrechte und

---

pertinet, ut privilegium (fisci) — contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat.

2) Und zwar ſind es nur die beneficia juris und die ſ. g. privilegia favorabilia, welche hierher gehören, weil ſie allein ein Recht gewähren und hier nur von den Rechten im ſubjectiven Sinn die Rede iſt. Ausgeſchloſſen von der Betrachtung ſind daher das jus singulare, welches dem Betheiligten eine Beſchränkung auferlegt und die privilegia odiosa, aus denen kein Recht ſondern eine Laſt entſpringt; vgl. Puchta Pandekt. §. 34 Note i.

3) Das Privilegium im ſubjectiven weiteren Sinn umfaßt auch das ſinguläre Recht; ſo ſpricht man von Concursprivilegien (privilegia exigendi), von privilegirten Pfandrechten u. ſ. f. Man muß ſich jedoch hüten, das Privilegium im weiteren ſubjectiven Sinn mit dem Privilegium im engeren ſubjectiven Sinn (Text B) zuſammenzuwerfen; vgl. Puchta Pandekt. §. 30 Note a. Die beneficia juris hießen bei den Römern auch jura propria (l. 2 D. de test. mil. 29, 1 Pauli S. R. 3, 4 a §. 3); daher wollen Manche wie z. B. Hufeland Geiſt des röm. Rechts I S. 213 fg., Mühlenbruch Lehrb. I §. 80 fg. Lehre von der Ceſſion S. 284 fg. dieſe Rechte eigene Rechte nennen, was aber wegen der Mehrdeutigkeit dieſes Ausdrucks nicht zu empfehlen iſt; vgl. dagegen auch Wächter Handb. II §. 50 Note 2. Das weſtgal. Geſetzb. (I §. 49 fg.) nannte die Rechtswohlthaten „beſondere Rechte."

es treten daher in Anſehung derſelben die im vorhergehenden § angeführten Grundſätze ein.

II. Öfters ſind die ſingulären Rechte an ein gewiſſes Rechtsverhältniß (causa) geknüpft ohne Rückſicht auf die Perſonen die daran Theil nehmen. Hier ſind zunächſt und unmittelbar nicht gewiſſe Perſonen ſondern gewiſſe Rechtsverhältniſſe durch das Geſetz begünſtigt: es ſind beneficia causae[4]. In dieſem Fall wechſelt das Subject des Beneficiums mit dem Subject des Rechtsverhältniſſes: wer immer das begünſtigte Rechtsverhältniß begründet oder in das begründete Rechtsverhältniß tritt, ſei es durch Erbgang oder durch Ceſſion, dem kommt die Rechtswohlthat zu gute[5]. Hierher gehört z. B. das Vorzugsrecht (privilegium exigendi), welches die Begräbnißkoſten, die Krankheitskoſten, der Liedlohn u. ſ. f. im Concurſe genießen.

III. In der Regel ſind es gewiſſe Claſſen von Perſonen, welche das ſinguläre Recht im objectiven Sinn begünſtigt. In dieſem Fall iſt das ſinguläre Recht im ſubjectiven Sinn an die Perſon geknüpft, welche zu der vom Geſetz begünſtigten Claſſe gehört (personae conditio locum facit beneficio): es ſind beneficia personae. Dieſe Rechtswohlthaten ſind mit der betreffenden Perſon verbunden und gehen mit dem Rechtsverhältniß nicht über, ſie kleben der Perſon an und laſſen ſich weder vererben[6] noch auch ſelbſt der Ausübung nach an andere Perſonen abtreten[7]. So z. B. kann der Soldat die Begünſtigungen, die er als ſolcher im Privatrecht genießt, der Privilegirte den beſondern Gerichtsſtand oder die Excuſation von der Vor-

4) Manche Schriftſteller (z. B. Dabelow Concurs der Gläubiger S. 258) ſo insbeſondere auch öſterreichiſche (z. B. Haimerl Concurs der Gläubiger §. 78) nennen jedes Privilegium, welches nicht ein beneficium personae iſt (Text III) ein reelles Privilegium; in dieſem weiten Sinn begreift das Real-Beneficium ſowohl das beneficium rei als das beneficium causae unter ſich; es iſt aber gewiß beſſer ſich dieſer Bezeichnungsweiſe zu enthalten; vgl. auch Kierulff I S. 49 Note *.

5) l. 496 D. de R. J. Privilegia quaedam causae sunt quaedam personae: et ideo quaedam ad heredem transmittuntur quae causae sunt: quae personae sunt ad heredem non transeunt. l. 68 eod. In omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat: ubi vero genus actionis id desiderat ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit non deficiat ratio auxilii.

6) l. 496 cit. l. 68 cit.

7) Vgl. Wächter II §. 50 Note 7.

mundschaft nicht dergestalt an andere Personen abtreten, daß diese nunmehr zu der begünstigten Classe gehören würden, und ebensowenig kann er diese Rechtswohlthaten vererben, weil sie eben mit seiner Qualität untrennbar verbunden sind. Von dieser Übertragung und Vererbung des singulären Rechts als eines im Ganzen zustehenden Befugnisses ist die Übertragung und Vererbung eines vermöge des singulären Rechts bereits erworbenen oder modificirten concreten Vermögensrechts wohl zu unterscheiden [8]. Wenn nemlich eine Person zu einer bestimmten privilegirten Classe gehört und vermöge der allgemeinen singulären Rechtsnorm ein besonderes Vermögensrecht bereits erworben hat oder ihr concretes Rechtsverhältniß zufolge jener singulären Rechtsnorm bereits modificirt ist, so geht dieses erworbene oder modificirte Vermögensrecht in dieser seiner durch das singuläre Recht erhaltenen Gestalt auf die Rechtsnachfolger (Erben und Cessionare) über [9]. Insbesondere wichtig wird dies in Ansehung von Forderungsverhältnissen, welche zufolge eines beneficium personae gewisse Modificationen erhalten können. Hierbei kommt, da durch das Beneficium welches der Person zusteht die Forderung selbst noch keine besondere Qualität erhält, Alles darauf an, ob zur Zeit der Cession oder des Todes aus jenem beneficium personae ein concretes Recht bereits wirklich erwachsen ist, wodurch die Forderung selbst

8) Vgl. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte (3. Aufl. 1836) S. 284, Wächter II S. 882. Die ältere Schule vgl. z. B. Hert Dissert. transitione privilegii personalis ad alios. Opusc. vol. I tom. III nr. II §. 10 sq.) sprach hier von einer communicatio effectus privilegii cum aliis.

9) So kann, um ein Beispiel aus dem römischen Recht anzuführen, der Minderjährige das beneficium in integrum restitutionis im Allgemeinen weder an sich noch der Ausübung nach an Andere übertragen; insofern er aber in ein concretes Rechtsverhältniß getreten ist, gegen welches er sich wegen eines dabei erlittenen Nachtheils in den vorigen Stand zurücksetzen lassen kann, geht das Recht bei diesem Rechtsgeschäft sich restituiren zu lassen auf seine Cessionare und Erben über; l. 6 D. de in integr. restit. (4, 1) l. 18 §. 5 l. 19 l. 24 pr. D. de minor. (4. 4). — Daher kommt hier Alles darauf an, ob das singuläre Recht der privilegirten Person mit dem concreten erworbenen Recht in innerer Beziehung steht oder nicht: ist dieß nicht der Fall, so erscheint das concrete Recht nicht als modificirt und es kann daher der Rechtsnachfolger auch in Beziehung auf dieß concrete Rechtsverhältniß vom singulären Recht der begünstigten Person keinen Gebrauch machen; so z. B. geht der privilegirte Gerichtsstand des Gläubigers mit der Forderung selbst weder auf die Erben noch auf die Cessionare über. Vgl. Mühlenbruch Cession §. 57, Puchta im R. L. Bd II Art. Cession S. 657, Wangerow III (neueste Aufl. 1855) S. 180 Nr. 1.

eine Acceſſion, eine beſondere ihr nunmehr adhärirende Erweiterung erhalten hat: *inſofern* und *inſoweit* dieß bereits geſchehen iſt, geht auch die Acceſſion, welche das privilegium personae der Forderung verſchafft, auf die Erben und Ceſſionare über[10]. Wenn demnach die privilegirte Perſon zur Zeit der Ceſſion der Forderung oder des Todes vermöge des ſingulären Rechts ein geſetzliches privilegirtes Pfandrecht für ihre Forderung bereits erworben hatte, ſo geht dieſes Pfandrecht als eine Acceſſion auf die Rechtsnachfolger über[11]; wenn die privilegirte Perſon ein beſonderes Recht auf Zinſen überhaupt oder auf höhere Zinſen hat, ſo geht mit der Ceſſion der Forderung auf den Ceſſionar nur das Recht über, jene Zinſen oder jene höhern Zinſen zu fordern, welche bis zur Zeit der Ceſſion bereits entſtanden waren[12]. In Anſehung der Ceſſion einer Forderung kommt alſo Alles darauf an, ob zur Zeit der Ceſſion die Forderung zufolge der privilegirten Stellung des Gläubigers bereits wirklich erweitert iſt: die bloße Möglichkeit, daß der Forderung die Erweiterung verſchafft werden könne, genügt nicht um den Rechtsnachfolger des privilegium personae theilhaftig werden zu laſſen. Es ſcheint aber, daß in dieſer Beziehung nach öſterreichiſchem Recht in ähnlicher Weiſe wie nach andern Particularrechten[13] eine Ausnahme zu machen ſei. Man hat nemlich öfters — ſelbſt vom Standpunkt des gemeinen Rechts[14] — angenommen, daß privilegia personae dann aber auch

10) Vgl. insbeſ. Puchta in der angef. Abhandl. Rechtsler. II S. 645 fg. (Kleine civiliſtiſche Schriften S. 485 fg.) und Vangerow III S. 430 fg.

11) l. 2 C. de his qui in prior. cred. (8, 19) l. 7 C. de priv. fisci (7. 73); vgl. Puchta R. L. II S. 655 fg. (Kleine Schriften S. 488. 489).

12) l. 43 D. de usur. (22, 1); Die Erklärung dieſer Stelle ſ. bei Vangerow III S. 431. Ebenſo muß nach öſterr. Recht der Fall entſchieden werden (§. 995 a. b. G. B.), wenn ein Handelsmann eine „aus einem eigentlichen Handelsgeſchäft entſprungene Schuld" einem Dritten, der nicht Handelsmann oder Fabrikant iſt, cedirt. Inſofern der Schuldner ſchon vor der Ceſſion in Mora war, iſt der Ceſſionar berechtigt für die Zeit bis zur Ceſſion 6 Proc. Verzugszinſen zu fordern; von da an oder wenn der Schuldner erſt nach der Ceſſion in Mora geräth kann er nur 4 Proc. fordern (vgl. Puchta Kleine Schriften S. 485. 486. 488), weil eben nicht das Privilegium ſelbſt, ſondern nur das in Folge desſelben in concreto begründete Recht auf den Ceſſionar übergehen kann.

13) So nach preußiſchem Recht vgl. Koch Die Lehre vom Übergang der Forderungsrechte durch Univerſal- und Singularſucceſſion (1837) §. 34 und nach würtemberg. Recht vgl. Wächter Handb. II S. 333. 334.

14) Dieſe Anſicht iſt insbeſ. von Mühlenbruch Lehre von der Ceſſion §. 56 S. 555—574 aufgeſtellt worden, dem hierin Fritz Erläuter. II S. 222—224,

nur dann auf den Cessionar übergingen, wenn der Cedent hierbei interessirt sei, und hat für diesen Übergang des persönlichen Privilegiums auf den Cessionar angeführt, daß ein solches Privilegium, durch welches personae succurritur, in einem solchen Fall auch dem Cedenten zu gute komme, da er den Vortheil habe, seine Forderung mit diesem Vorzug somit gegen bessere Bedingungen cediren zu können. Diese Ansicht, welche sich im preußischen Landrecht sehr bestimmt ausgesprochen findet[15], scheint auch in das österreichische Gesetzbuch übergegangen zu sein[16]; sie läßt sich aber durchaus nicht rechtfertigen[17] und führt zu Unterscheidungen und Distinctionen, welche dieses einfache Verhältniß zu einem verwickelten und schwierigen machen[18]. Hiernach wird z. B. nach österreichischem Recht das Vorzugsrecht (privilegium exigendi) welches der Pflegebefohlene in Ansehung seiner Forderung aus der Vormundschaft, die Ehefrau in Ansehung der Rückforderung ihres Heirathsgutes im Concurs hat (Allg. G. O. §. 19 lit. a. lit. e.) auch auf den Cessionar übergehen, nicht aber auf die Erben[19].

Schweppe I §. 5 a Nr. 4 (dessen Darstellung überhaupt ganz verfehlt ist), Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen (1840) I S. 664 und Koch a. a. O. gefolgt sind.

15) A. L. R. I 11 §. 403 „Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen selbst ohne ausdrückliche Übertragung auf den neuen Inhaber mit über." §. 404 „Dahin gehören auch solche Vorrechte, welche der Forderung selbst in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers zukommen —." Vgl. über diese Stelle Mühlenbruch Cession S. 569.

16) Wenigstens ist der §. 1394 a. b. G. B. („Die Rechte des Übernehmers sind mit den Rechten des Überträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben") so allgemein gefaßt, daß auch die fragliche Bestimmung darunter verstanden werden kann, und in diesem Sinn fassen unsere Schriftsteller in der That auch den §. 1394 a. b. B. G. auf; vgl. schon Zeiller IV S. 85, Winiwarter V S. 65, Fischer in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1829 S. 35, Haimerl Concurs §. 78.

17) Vgl. insbes. die trefflichen Ausführungen von Puchta im R. L. II S. 657 fg. (Kleine civil. Schriften S. 485—489) und Vangerow III S. 132 und daselbst auch die Erklärung der l. 42 D. de adm. et peric. tut. (26, 7), welche in dieser Lehre große Schwierigkeiten verursacht hat.

18) S. z. B. die Distinctionen, welche Fritz Erläuter. II S. 223 macht, welcher der Ansicht ist, daß derjenige, welchem eine Forderung inter vivos cedirt wird, nicht berechtigt sei das privilegium personae erst nach dem Tod des Cedenten zur Ausübung zu bringen.

19) Darüber daß diese persönlichen privilegia exigendi nicht auf die Erben übergehen s. Mühlenbruch Cession S. 566—572, Fritz Erläuter. II S. 228,

Der Privilegirte kann in der Regel auf das singuläre Recht (im subjectiven Sinn) auf die Rechtswohlthat ebenso verzichten wie auf jedes andere ihm zustehende Befugniß[20]: er hat die Wahl zwischen

---

Koch Lehre vom Übergang §. 34. — Unsere österr. Schriftsteller sind freilich ohne weiteres der Ansicht, daß die persönlichen privilegia exigendi nicht bloß auf die Cessionare sondern selbst auf die Erben übergehen; so z. B. Fischer und Haimerl a. d. a. O. (Gspan Abhandlung über die gesetzmäßige Befriedigung concurrirender Gläubiger 3 Bde 1837—1839 behandelt soviel ich finde diese Frage gar nicht.) Wenn sie sich für ihre Meinung auf §. 547 a. b. G. B. berufen, wonach der Erbe den Erblasser repräsentirt, so liegt in dieser Berufung eine petitio principii, da es sich ja gerade um die Frage handelt, ob die Qualität des Erblassers quae beneficio locum facit auf die Erben übergehe oder nicht. Läßt man das Vorzugsrecht jener Forderungen im Concurs nicht bloß auf die Cessionare sondern selbst auf die Erben übergehen, so hat man in der That ein privilegium causae und kein privilegium personae mehr, da auch bei einem privilegium causae nichts anderes und mehreres stattfinden kann, als Übergang auf sämmtliche Rechtsnachfolger. Wenn daher Fischer a. a. O. sagt, „das Privilegium der Pupillen ist ein Personalprivilegium; dennoch läßt sich nicht behaupten, daß es auf ihre Person eingeschränkt sei und auf ihre Erben oder Cessionare nicht übergehe," so liegt hierin ein greller Widerspruch, da ein Privilegium, welches nicht auf die Person eingeschränkt ist, unmöglich ein Personalprivilegium genannt werden kann. In so fern enthält dasjenige wenigstens keinen Widerspruch, was Haimerl (Concurs §. 78) sagt: „Die Privilegien sind regelmäßig nicht bloß personell, sondern reell (vgl. über diesen Ausdruck Note 4), sie kleben der Forderung als solcher an und gehen daher auch in der Regel auf die Rechtsnachfolger, auf Erben und Cessionare über." Allein Haimerl gibt nirgends an, ob und welche Ausnahme von dieser Regel es gebe; daß er das privilegium exigendi der Pupillen nicht zu den Ausnahmen zähle, lehrt seine Berufung auf Fischer. Allein ist es denn so ganz und ohne weiteres ausgemacht, daß im heutigen Recht jene persönlichen privilegia exigendi in privilegia causae übergegangen seien und bedarf es nicht erst einer besonderen, wohl schwer zu führenden Nachweisung, daß dieser legislativ vielleicht zu rechtfertigende Schritt, welcher im gemeinen Recht nicht gemacht wurde (vgl. Dabelow Lehre vom Concurs der Gläubiger 1804 S. 256. 258, Puchta Pandekt. §. 248, Arndts Pandekt. §. 227 Anm. 3) in der österr. Gesetzgebung gemacht worden sei? — Auch Wächter II S. 333. 334 will diese persönlichen Privilegien auf Erben und Cessionare übergehen lassen und spricht hier von gemischten Privilegien: allein in diesem Fall ist trotz Wächter's Verwahrung (Note 16) ein reines beneficium causae vorhanden, da ja auch bei dem Gesindelohn und den Krankheitskosten „ein gewisses Rechtsverhältniß aus besonderer Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft des ersten Erwerbers des Rechts, des Begründers des Rechtsverhältnisses" begünstigt wird, und doch darüber kein Zweifel herrscht, daß diese Privilegien privilegia causae, nicht etwa gemischte Privilegien sind, welche es überhaupt nicht gibt.

20) l. 69 D. de R. J. Invito beneficium non datur. l. 41 D. de minor. (4, 4) — unicuique licet contemnere haec quae pro se introducta sunt. Vgl. Hufeland Geist des röm. Rechts I S. 225 fg. S. 284 fg., Puchta Pandekt. §. 30 a. E. So z. B. kann der Soldat ein Testament nach den Formen des gemeinen Rechts machen; der Excusationsberechtigte kann dennoch die Tutel übernehmen.

dem singulären Recht und dem jus commune. Nur versteht es sich von selbst, daß eine solche Verzichtleistung nur für den concreten Fall, für die concret begründete Ausübung des singulären Rechts gilt[21] und daß es eine allgemeine Verzichtleistung auf die Zuständigkeit des singulären Rechts im Ganzen nicht gibt[22], so wie daß andererseits selbst die Verzichtleistung für den concreten Fall unwirksam ist, wenn das singuläre Recht zum jus publicum gehört, gegen welches die Privatdisposition vergeblich sich geltend zu machen sucht[23]. Die Ausübung des singulären Rechts wird für den concreten Fall verwirkt, wenn sich der Privilegirte durch einen Dolus der Begünstigung unwürdig gemacht hat[24].

B. Das Privilegium im (engern eigentlichen) subjectiven Sinn ist ein durch individuelles Gesetz (Einzelgesetz) begründetes Recht[25]. Während beim singulären Recht eine allgemeine Regel ver-

---

21) Vgl. Kierulff S. 51. l. 29 C. de pact. (2, 3) l. 2 pr. D. de veter. (49, 18) l. 2. 3 C. de his qui sponte publ. mun. (10, 43) (auch macht die l. 1 C. h. t. hiervon keine Ausnahme wie Kierulff Note † meint; über diese Stelle vgl. Hufeland a. a. O. S. 284 fg.). Wenn also Jemand, der sich von der Tutel excusiren kann, in einem Fall die ihm deferirte Vormundschaft übernimmt, so verliert er hierdurch sein Privilegium in Ansehung aller anderen Fälle nicht; l. 12 C. de excus. tut. (5, 62).

22) So z. B. kann der Soldat, der Minderjährige u. s. f. nicht im Allgemeinen auf die ihm vermöge dieser Qualität zustehende begünstigte Stellung verzichten; cf. l. 34 D. de pact. (2, 14).

23) c. 12 X. de foro compet. (2, 2) — manifeste patet quod — pacisci non possunt (clerici) ut secularia judicia subeant, cum non sit beneficium hoc personale cui renunciari valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactis derogari non potest. Einen andern Fall dieser Art s. in l. 14 §. 1 D. solut. matrim. (24, 3); ebenso ist die Verzichtleistung auf die exceptio SC. Maced. unwirksam (vgl. Glück XIV S. 348, Seuffert Prakt. Pandektenr. II §. 342, nur ergibt sich dieß nicht aus der hiefür öfters allegirten l. 11 D. 14, 6) u. ä. m.; vgl. oben §. 58 Note 2.

24) l. 9 §. 2 D. de minor. (4, 4) l. 2 §. 3 D. ad SC. Vellej. (16, 1) l. 22 §. 1 D. de re judic. (42, 1) l. 10 §. 1 D. de fidej. (46, 1) l. 2 C. si min. se maj. dix. (2, 43). Würde z. B. ein Officier bei einem Darleihensabschluß sich dolose für eine Civilperson ausgeben, so würde ihm, wenn er geklagt sich auf das Regulament v. Jahr 1769 berufen sollte, die replica doli wirksam entgegengesetzt werden können.

25) Vgl. Hufeland Über den eigenthümlichen römischen Geist des römischen Rechts I S. 210—295, Heimbach im Rechtslex. Art. Privilegium Bd VIII (1854) S. 492—508 (ein wenig befriedigender Aufsatz), Schlayer Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechts in der Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß Bd XII (1854) S. 58—96. Von älteren Schriftstellern s. Gebauer Exerc. academ. vol. I. (1796) nr. XI Singularia de privilegiis

handen ist, welche in jedem Fall zur Anwendung kommt, der die vom Gesetz bestimmten Erfordernisse an sich trägt, ist beim Privilegium im engern eigentlichen Sinn mit dem Gesetz zugleich das Subject gegeben, dem die fragliche Begünstigung zukommt; das individuelle Gesetz wird eben für das concrete bestimmte Subject gegeben[26], das Gesetz und das subjective Recht entstehen und bestehen hier nothwendig zugleich[27]. Das begünstigte Subject ist hier wie überall eine Person; aber die Art und Weise, in welcher das Recht mit der Person verknüpft wird, ist eine verschiedene; nicht immer wird die begünstigte Person unmittelbar bezeichnet, öfters geschieht dieß in mittelbarer Weise. Mit Rücksicht hierauf werden die Privilegien gleich den singulären Rechten in privilegia rei causae et personae eingetheilt[28].

(p. 284—328), Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts Bd II (1784) S. 74 fg., Glück I §. 98 fg. II §. 104—110. Was Skarda Das österr. Privilegienrecht (1842) S. 4—34 über den Begriff der Privilegien, deren Eintheilung u. s. f. sagt, ist ein Muster unjuristischer Darstellungsweise.

26) Übrigens braucht das begünstigte Subject nicht namentlich und direct bezeichnet zu sein, sondern es können die privilegirten Subjecte immerhin auch durch eine allgemeine Eigenschaft bezeichnet sein, so daß jeder Person, in der sich die fraglichen Voraussetzungen treffen, das Privilegium zusteht; so z. B. bei Moratorien, so in der Verordnung v. 2. Oct. 1853 wodurch die bereits besitzenden Juden von der Anwendung des wieder eingeführten jus singulare ausgenommen wurden.

27) Vgl. Böcking I §. 98. Wenn Kierulff I S. 54 dieß dahin ausdrückt, daß hier „eine wirkliche Indifferenz von Gesetz und Recht bestehe d. h. daß im Privilegium abstractes Gesetz und dessen concrete Verwirklichung als Befugniß oder Verbindlichkeit nicht zu unterscheiden seien," so ist gegen diesen Satz an sich nichts einzuwenden: allein die Folgerungen, welche Kierulff I S. 54. S. 58 fg. daraus zieht, sind entschieden unrichtig (vgl. oben §. 21 Note 86).

28) Von der Eintheilung der Privilegien in odiosa et favorabilia (von welch letzteren allein hier gehandelt wird vgl. Note 2 und Schlayer in der angeführten Abh. S. 59) so wie von der Eintheilung derselben in affirmative und negative ist bereits oben §. 8 die Rede gewesen. Die Eintheilung der Privilegien in conventionelle und nichtconventionelle (s. g. gratiöse) und der conventionellen in entgeltliche und unentgeltliche (privilegia conventionalia onerosa, gratuita) ist ganz unwesentlich: das Gewicht, welches die ältere Schule und so auch manche österreichische Schriftsteller (vgl. z. B. Schuster I S. 204 fg. vgl. auch Joseph Gesetzb. I §. 21) auf diese Eintheilung in Ansehung der Dauer, der Übergangsmöglichkeit und der Widerruflichkeit der Privilegien legen, fällt zusammen mit der richtigen Erkenntniß, daß kein Privilegium im subjectiven Sinn ein durch Vertrag erworbenes Recht sei, sondern seine Existenz lediglich und stets einem gesetzgeberischen Act verdanke, mögen der Ertheilung desselben immerhin auch Tractaten vorhergegangen sein: es ist der civilistische Vertragsbegriff, der verkehrter Weise auf das Gebiet des öffentlichen Rechts übertragen wurde und gerade in dieser Frage am längsten die Ausscheidung der in der frühern Zeit vielfach verschmolzenen

I. Das Privilegium kann an eine beſtimmte concrete Sache geknüpft ſein (privilegium rei, Realprivilegium) z. B. Steuerfreiheit des Hauſes A, ein auf dem Hauſe B radicirtes Gewerberecht. Hier ſteht das Privilegium dem jeweiligen Eigenthümer des Hauſes zu; wem die Sache gehört, dem kommt die fragliche Begünſtigung zu Statten[29]. Dieſes Privilegium fällt unter die Kategorie der Realrechte und es gelten hierbei die die oben im §. 64 lit B. angeführten Grundſätze. Auch in dieſem Fall kann die Modification eintreten, daß dem jeweiligen Eigenthümer die Ausübung des Privilegiums nur in ſo fern zuſteht als ſich in ihm eine beſondere Qualität trifft z. B. Steuerfreiheit des Hauſes A in Anſehung adeliger Eigenthümer desſelben, Ausübung eines radicirten Gewerberechts unter Vorausſetzung der gehörigen Gewerbsbildung u. ſ. f.[30].

II. Das Privilegium kann möglicher Weiſe an ein concretes Rechtsverhältniß geknüpft ſein (privilegium causae), ſo daß jedem Individuum, welches in dieſes Rechtsverhältniß eintritt, das Privilegium zuſteht[31].

III. In der Regel werden Privilegien unmittelbar beſtimmten Perſonen ertheilt. Hierbei iſt wieder ein dreifaches Verhältniß möglich:

1) Das Privilegium iſt in ſeiner Ertheilung und in ſeiner Fortdauer durch die Rückſicht auf das individuelle Verhältniß der concreten beſtimmten (phyſiſchen oder juriſtiſchen) Perſon bedingt. Dieſe Privilegien kleben daher an der Perſon ſelbſt (privilegium personale, privilegium personae datum) und bilden ein höchſtperſön-

Elemente des öffentlichen und des Privatrechts gehindert hat; vgl. ſchon Hufeland I S. 258 fg. (bei dem ſich aber S. 261. 270 fg. noch Spuren der älteren unrichtigen Auffaſſung finden), Kierulff I S. 60 fg., Puchta Pandekt. §. 31 und Vorleſ. dazu, Böcking I §. 98 v. E.

29) l. 1 §. 43 D. de aqua quot. (43, 20) — Quod praediis datur, extincta persona non extinguitur, quod datur personis cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit. l. 3 §. 1 D. de cens. (50, 15).

30) Mit Unrecht ſprechen manche Schriftſteller (z. B. Kierulff S. 49, Wächter II S. 335. 336, Holzſchuher I S. 135 Note 6, Mühlenbruch I §. 80 Note 6) in dieſen Fällen von einem gemiſchten Realrecht; ſ. dagegen oben §. 64 Note 39 und ſchon Höpfner §. 49 und Böcking I §. 98 Note 17.

31) Fälle dieſer Art bilden die bei Staatsanlehen öfters vorkommenden beſondern Begünſtigungen z. B. das Recht auf höhere Zinſen, welche den ſonſt erlaubten Zinsfuß überſteigen; vgl. Mühlenbruch Ceſſion S. 282 Note 78.

liches Recht derselben, welches weder auf die Erben übertragbar noch an dritte Personen abtretbar ist. Von dieser Beschaffenheit ist in der Regel das einer Person verliehene Privilegium[32]. Der Ausübung nach kann aber ein solches höchstpersönliches Privilegium in der Regel an andere Personen überlassen werden, dafern nicht das Privilegium auch der Ausübung nach ausdrücklich an die Person geknüpft ist[33] oder dafür nicht die Ertheilung des Privilegiums eine besondere persönliche Qualität und Befähigung des Privilegirten voraussetzt[34]. Dasselbe gilt in dem Fall, wenn das Privilegium einer Person in Beziehung auf ein Grundstück das sie besitzt ertheilt wird, aber nur für ihre Person, nicht für das Grundstück[35]. Auch in diesem Fall ist das Privilegium auf die Person beschränkt: es erlischt daher mit ihrem Tode und geht auf die Erwerber des Grundstücks (inter vivos oder mortis causa) nicht über[36]; der Ausübung nach kann aber dieses Privilegium Dritten in so fern überlassen werden, als diesen der Gebrauch der Sache eingeräumt wird und das Pri-

32) l. 4 §. 43 cit. l. 3 §. 4 cit.; vgl. Wächter II S. 336. So z. B. gehen persönliche Handelsbefugnisse weder auf die Erben über, noch können sie abgetreten werden (vgl. Fischer Handb. des österr. Handelsrechts 3. Aufl. §. 13 §. 246) und das Gleiche ist der Fall in Ansehung der Fabriksbefugnisse (vgl. Wildner Das österr. Fabrikenrecht 1838 §. 257).

33) Wie dieß der Fall ist bei persönlichen Handlungsbefugnissen, welche von der privilegirten Person selbst ausgeübt werden müssen und daher auch nicht pachtweise an Dritte überlassen werden dürfen; ja hier zieht die Verpachtung zur Strafe den Verlust des Befugnisses nach sich; vgl. Fischer Handelsr. §. 13 §. 244.

34) Vgl. Mühlenbruch Cession S. 284. Insofern aber aus einem solchen Privilegium durch Verletzung desselben pecuniäre Ansprüche gegen dritte Personen erwachsen sind, können diese Ansprüche gleich jeder anderen Forderung cedirt werden; vgl. Mühlenbruch Cession S. 285. — Was den Fall anbetrifft, wo dem Privilegirten für seine Person mit Rücksicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß, insbesondere eine Forderung eine Begünstigung ertheilt wird z. B. das Recht höhere Zinsen zu beziehen oder ein privilegium exigendi, so gilt in dieser Beziehung in Ansehung des Übergangs des Privilegiums auf die Cessionare ganz dasselbe, was oben (A III) in Ansehung der beneficia personae ausgeführt wurde.

35) Auch hier sprechen Manche z. B. Koch Lehrbuch I §. 26 von gemischten Privilegien, allein gleichfalls mit Unrecht vgl. Böcking §. 98 Note 17 und auch Wächter Note 14 erklärt sich in diesem Fall gegen diese Bezeichnung.

36) Eine andere Frage ist es, ob durch nachherige Wiedererberbung der Sache durch die privilegirte Person das Privilegium wieder auflebe; diese Frage wird von Manchen verneint (z. B. Müller Promptuarium s. v. Privilegium, Koch I §. 27 Note 26, Schuster I S. 215), von Manchen bejaht (z. B. Leyser Med. ad Pand. vol. I spec. XI med. 2): die letztere Ansicht scheint mir die richtige.

vilegium mit dem Gebrauch der Sache ſelbſt in beſonderer Beziehung ſteht[37].

3) Öfters wird ein Privilegium einer beſtimmten Perſon als ein vererbliches verliehen[38]: in dieſem Fall geht das Privilegium zwar auf die betreffenden Erben über[39], allein auf die Singularſucceſſoren kann es nicht übertragen werden, es kann weder veräußert noch vermacht werden[40]. Da das Privilegium eine zu Gunſten einer beſtimmten Perſon gemachte Ausnahme vom allgemeinen Geſetz iſt, ſei dieß ein jus commune oder singulare, ſo iſt im Zweifel, da Ausnahmen im Zweifel ſtreng zu interpretiren ſind (vgl. oben §. 13), das Privilegium als ein höchſtperſönliches[41] ſomit als ein nicht vererbliches anzuſehen[42].

37) So z. B. wenn dem A für ſeine Perſon mit Rückſicht auf das Gut B die Steuerfreiheit zugeſtanden wird und er verpachtet das Grundſtück, ſo hat auch der Pächter keine Grundſteuer zu bezahlen (§. 1099 a. b. G. B.); vgl. Leyser Med. I spec. X med. 2, Mühlenbruch Ceſſion S. 282 lit. a, Wächter II S. 336. 337.

38) Auch das perſönliche aber vererbliche Privilegium hat man früher häufig dingliches Privilegium, Realprivilegium genannt; Gebauer in der angef. Abhandlung §. 16 (Monebimus privilegia personalia rursus dividi a DD. in personalia et realia, sensu plane alio, ubi personale est quod ad heredes non transit et reale quod ad heredes transit). Andere nennen dieſe Privilegien gemiſchte (z. B. Koch I §. 26), ſ. dagegen Eichmann Erklärungen II S. 89, Glück I S. 574.

39) In dieſer Beziehung pflegte man insbeſondere in der älteren Literatur mannigfache Unterſcheidungen zu machen, ſo z. B. ob das Privilegium für die Perſon und ihre Nachkommen, oder für die Perſon und ihre Nachfolger, oder für die Perſon und ihre Erben ertheilt ſei und ließ hiernach das Privilegium bald bloß auf die Deſcendenten (Abkömmlinge), bald auf Inteſtaterben, bald auf Inteſtat- und Teſtamentserben übergehen; vgl. Eichmann Erklär. II (S. 94—98, der dieſe Frage mit breiter Ausführlichkeit behandelt), Glück I §. 100, Holzſchuher I S. 139. 140 und Koch I §. 26.

40) So z. B. geht das Privilegium eines Großhändlers auf ſeine Deſcendenten über; es kann aber weder beliebig vermacht noch an dritte Perſonen inter vivos übertragen werden; vgl. Fiſcher Handelsr. §. 246.

41) Vgl. Eichmann Erklär. II S. 98 fg., Gebauer l. c. §. 17—19, Glück I S. 572, Seuffert Pandekten. I §. 21 Note 1. Auch hierüber waren die Meinungen früher vielfach getheilt, indem man den privatrechtlichen Begriff des obligatoriſchen Vertrags verkehrter Weiſe einmengte (vgl. Note 28) und die Anſicht aufſtellte, daß durch Vertrag insbeſondere durch onerofen Vertrag (und hierzu rechneten Manche ſelbſt die privilegia remuneratoria wie z. B Mackeldey I §. 189, Holzſchuher I S. 135 Nr. 5, Schuſter I S. 214) erworbene Privilegien im Zweifel gleich den Verträgen überhaupt auf die Erben übergehen müßten; ſo z. B. Cocceji Jus civ. controv. I 4 qu. 4, Hartleben Medit. ad Pand. spec. XIV med. 5 u. A. Dieſer Anſicht iſt auch Schuſter I S. 212 unter

3) Ausnahmsweise werden manche einer bestimmten Person unmittelbar ertheilte Privilegien derselben als ein freies Vermögensrecht verliehen. In diesem Fall ist das der Person ertheilte Privilegium nicht nur vererblich sondern auch frei veräußerlich. Daß dieß der Fall sei ist unter Umständen aus dem Inhalt des Gesetzes selbst (Privilegiengesetz) zu entnehmen, welches die Grundsätze über Erwerbung, Ausübung und Übertragung gewisser Privilegien feststellt, so z. B. sind die einer Person ertheilten Erfindungsprivilegien kraft der Bestimmung des Erfindungsprivilegiengesetzes[43] vererblich und veräußerlich; in andern Fällen ist aus der geschichtlichen Entwicklung zu entnehmen, daß das der Person ertheilte Privilegium frei veräußerlich und vererblich sei, wie dieß insbesondere in Ansehung der meisten s. g. Gerechtigkeiten aus Regalien[44] der Fall ist.

Das durch Privilegium ertheilte Recht kann den verschiedensten Classen von Rechten angehören; so kann z. B. Eigenthum, eine Servitut, ein Forderungsrecht, ein Gewerbs- oder Handlungsbefugniß, ein Bannrecht, eine Reallast, die Steuerfreiheit u. s. f. im Wege eines individuellen Gesetzes bestellt werden[45]. Nach dieser

Berufung auf die Gleichstellung des Privilegiums mit den andern Rechten (§. 43 a. b. G. B.) auf §. 918 a. b. G. B. und auf das Hofdecr. v. 22. Jänn. 1818 §. 5. Allein ganz abgesehen davon daß, wie schon Eichmann Erklär. II S. 404 richtig bemerkt hat, es auch viele obligatorische Verträge gibt welche auf die Erben nicht übergehen, so ist die ganze Grundannahme, daß die Privilegien als ein durch Vertrag erworbenes Recht anzusehen und gleich den Verträgen zu beurtheilen seien, unbedingt verwerflich (Note 28); wie die Bestimmung des §. 43 a. b. G. B. zu verstehen sei, darüber s. im Text das Nähere; das citirte Hofdecr. aber spricht von Erfindungsprivilegien, welche in der Regel nicht nur vererblich sondern frei veräußerlich sind, vgl. Text Nr. 3.

42) Aus dem gleichen Grund ist im Zweifel ein Privilegium, welches Jemanden für sich und seine Kinder gegeben wird, nicht auf die Kindeskinder zu beziehen, also der Ausdruck Kinder nicht in dem weiten Sinn des §. 42 a. b. G. B. zu nehmen, in welchem er alle Descendenten bezeichnet (l. 220 pr. D. de V. S.); vgl. Glück I S. 569, Holzschuher I S. 144 Nr. 86 (vgl. oben §. 43 Note 63). Eben deßhalb ist im Zweifel ein Privilegium als persönliches nicht als privilegium rei oder causae anzusehen; vgl. Glück I S. 571. 572, doch waren auch hierüber die Meinungen von jeher sehr verschieden, s. dieselben bei Holzschuher I S. 135 Note 7, dessen Ansicht selbst aber theils unbestimmt theils unrichtig ist.

43) Patent v. 15. Aug. 1852 §. 22 (R. G. B. Nr. 184). Der Privilegirte hat das Recht „mit seinem Privilegium selbst zu disponiren, es zu vererben, zu verkaufen, zu verpachten oder sonst nach Belieben zu veräußern."

44) Vgl. insbes. Gerber System §. 67.

45) Immer aber handelt es sich bei den Privilegien, wovon hier und im §. 43 a. b. G. B. die Rede ist, um vermögensrechtliche Begünstigungen welche der

Beschaffenheit des ertheilten Rechts ist der Inhalt des einzelnen Privilegiums ein mannigfach verschiedener. An dieser Natur und Beschaffenheit des ertheilten Rechts wird durch den Umstand, daß es auf dem Weg individueller gesetzlicher Bestimmung entstanden ist, nichts geändert; das Recht bleibt seinem Inhalt und Charakter nach dasselbe wie wenn es auf gewöhnlichem Wege entstanden wäre, und es ist im Allgemeinen[46] so zu behandeln wie es behandelt werden müßte, wenn es nicht aus einem individuellen Gesetze entsprungen wäre. Von dieser Auffassung und Erkenntniß war man bis in die neuere Zeit herauf weit entfernt[47]. Man betrachtete das Privilegium als solches ganz abgesehen von seinem Inhalt in abstracto als ein Recht, das auf eigene Weise erworben, ausgeübt, geschützt und verloren werde; man stellte die Frage auf, zu welcher Classe von Rechten dieses Recht zu zählen sei und war bei der maßlosen unbegrenzten Herrschaft, welche man dem rein civilistischen Begriff des obligatorischen Vertrags auf allen Gebieten des Privat- und öffentlichen Rechts einräumte, schnell dabei das Privilegium als ein Vertragsrecht anzusehen[48]. Zum Schutz dieses Rechts gab man ganz allgemein als die auf jedes Privilegium anzuwendende Klage die actio confesso-

bestimmten Person ertheilt werden; ausgeschlossen sind jene Privilegien wodurch der rechtliche Zustand der Person selbst afficirt wird wie z. B. Volljährigkeitserklärungen, Legitimationen per rescriptum principis, Ertheilung der Possessionsfähigkeit an einen Juden u. s. f. Die Verschiedenheit dieser Privilegien macht sich auch in der Lehre vom internationalen Recht geltend und es geschieht mit Unrecht, wenn unsere Schriftsteller (z. B. Stubenrauch I S. 107) bei Besprechung des §. 18 a. b. G. B. auch diese Privilegien hierherziehen.

46) Denn es gibt allerdings einige (wenige) Besonderheiten in Beziehung auf Entstehung und Endigung der Privilegien, welche mit der eigenthümlichen Entstehungsweise derselben zusammenhängen; hierüber wird im 2. Bde das Nähere mitgetheilt werden.

47) Die richtige Ansicht findet sich bereits bei Hufeland I S. 265. 278 fg.; sie ist seither von den meisten Schriftstellern mit mehr oder weniger bestimmtem und klarem Bewußtsein in allen oder doch in einzelnen Fragen adoptirt worden; vgl. Fritz in Linde's Zeitschr. IV S. 201—210 und Erläut. I S. 52 fg., Vangerow I §. 116, insbes. aber Puchta Pandekt. §. 31 und Vorles. I S. 68—70. Auf dem älteren Standpunkt steht im Wesentlichen noch Heimbach in der angeführten Abhandlung.

48) Ja selbst noch Holzschuher (1843) I S. 135 Nr. 3 gibt auf die in ihrer Allgemeinheit ganz unzukömmliche Frage „welcher Classe von Rechten die Privilegien bei Beurtheilung der darüber entstehenden Streitigkeiten zu subsumiren seien" die Antwort „dem Vertragsrecht, unter welches ja auch die Schenkung unter Lebenden zu subsumiren ist."

ria utilis[49] und mühte ſich damit ab, beſondere Erlöſchungsarten dieſes angeblichen eigenthümlichen Rechts aufzufinden[50]. Der Irrthum der ältern Doctrin beſteht ſomit darin, daß ſie wie in vielen andern Fällen die eigenthümliche Entſtehungsweiſe des ſubjectiven Rechts zum leitenden Geſichtspunkt machte, und ſtatt auf den eigentlichen Inhalt des durch Privilegium ertheilten Rechts zu ſehen alle Fragen aus dem Begriff des Privilegiums löſen wollte, mit andern Worten daß ſie aus der eigenthümlichen Entſtehungsweiſe auf ein eigenthümliches Recht ſchloß, daß ſie das Gerüſt für das Gebäude anſah. — Auch in den Vorläufern des bürgerlichen Geſetzbuchs v. J. 1811 findet ſich die ältere Auffaſſung noch in ihrer vollen Herrſchaft[51]: das Joſephiniſche und das weſtgaliziſche Geſetzbuch ſehen das Privilegium in abstracto als ein eigenes Recht an, welches auf beſondere Weiſe ausgeübt und verloren werde[52]. Im Geſetzbuch v. J. 1811 iſt der

---

49) Vgl. hierüber Schmidt Lehrbuch der gerichtl. Klagen und Einreden (9. Ausg. 1845) §. 471, Glück X §. 686. Ja auch noch Holzſchuher I S. 111 Nr. 37 und Göſchen Vorleſ. I S. 351 wollen zum Schutz jedes Privilegiums ganz allgemein die actio confessoria utilis geben (ſ. dagegen ſehr treffend Puchta Pandekt. §. 31 Note l Vorleſ. I S. 68) und ſelbſt noch bei Wächter II S. 337 und Schlayer in der angef. Abhandlung S. 85 fg. findet ſich theilweiſe wenigſtens noch die ältere Auffaſſung. Das Richtige iſt, daß die Geltendmachung des Privilegiums durch Klage nach der Natur des ertheilten Rechts zu geſchehen hat; der Privilegirte ſtellt die dem verletzten Recht entſprechende Klage an und beruft ſich zu ſeiner Legitimation auf das Privilegium (vgl. Seuffert Pandekt. I S. 32). — Ebenſo unrichtig iſt es, wenn die ältere Doctrin (vgl. z. B. Eichmann Erklär. II S. 113, Glück II S. 5. 6) dem Privilegirten ſtets und in allen Fällen ein Verbietungsrecht einräumen will gegen dritte Nichtprivilegirte, welche den Inhalt des Privilegiums ausüben wollen. Wenn z. B. A für ſein Haus die Steuerfreiheit hat, wie ſoll ihm eine Klage gegen B zuſtehen können, der ſich für ſein Haus gleichfalls die Steuerfreiheit anmaßt? Nur bei Monopolen d. h. ausſchließenden Privilegien findet ein ſolches Verbietungsrecht ſtatt (vgl. Schlayer in der angef. Abhandl. S. 86), aber auch in dieſem Fall iſt die Klage nicht ganz allgemein und ſtets die actio confessoria utilis, wie Schlayer will, ſondern in der Regel wird eine actio ex delicto wegen des Eingriffs ins Privilegium anzuſtellen ſein; vgl. z. B. Pat. v. 15. Aug. 1852 §. 38 fg.

50) So ſollte der Mißbrauch des Privilegiums eine eigenthümliche Erlöſchungsart bilden, vgl. Glück II §. 109 (ſ. dagegen Wächter II S. 831, Schlayer in der angef. Abhandl. S. 93. 94); insbeſondere wurde die Frage über den Verluſt der Privilegien durch Nichtgebrauch viel beſprochen (vgl. Glück II §. 110): eine Frage, die ſich in dieſer Allgemeinheit gar nicht löſen läßt; vgl. die Note 47 angef. Schriftſteller.

51) Ebenſo im Cod. Max. Bav. I 2 §. 16 und im preuß. Landrecht Einleit. §. 54—58. §. 63—72, vgl. Koch I §§. 26. 27.

52) Dieſe beiden Geſetzbücher enthalten weſentlich die damals herrſchende

große Fortſchritt geſchehen, daß dieſe ältere Auffaſſung gänzlich verlaſſen und an deren Stelle die richtige geſetzt wurde, wonach es allein auf den jeweiligen Inhalt des betreffenden durch ein Privilegium ertheilten Rechts ankommt[53]. Der Sinn des §. 13 „Die einzelnen Perſonen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreiungen ſind, inſofern hierüber die politiſchen Verordnungen keine beſondern Beſtimmungen enthalten, gleich den übrigen Rechten zu behandeln" beſteht nicht etwa wie dieß alle unſere Schriftſteller[54]

Theorie in Geſetzesform gebracht. Das Joſeph. Geſetzbuch enthält im §. 16 den bekannten Grundſatz, daß Privilegien nur unter der Bedingung si preces veritate nitantur (exceptio ob- et subreptionis) ertheilt werden; §. 17 enthält die in der frühern Doctrin (vgl. hierüber unten §. 70 Nr. III) üblichen Grundſätze über Colliſion der Privilegien; §. 19 handelt vom ausdrücklichen Verzicht auf das Privilegium und der ſtillſchweigenden Begebung desſelben durch Nichtgebrauch (für den concreten Fall; vgl. Glück II §. 440); §. 20 handelt vom Verluſt des Privilegiums durch Nichtgebrach und beſtimmt in origineller Weiſe daß, „wenn der Begünſtigte von einer gemeinen Beſchwerde enthoben war, dieſe Befreiung ſogleich aufhört, wenn derſelbe ſich der ihm erlaſſenen Beſchwerde dreimal freiwillig wiſſentlich und ohne Vorbehalt unterzogen hat;" §. 24 beſtimmt daß eine bloße Gnadenverleihung (privilegium non conventionale, gratiosum) ſtets willkürlich widerrufen werden könne, daß aber auch jedes andere „nach Befinden vom Landesfürſten aufgehoben werden könne, wenn davon Mißbrauch gemacht oder die Begünſtigung gemeinſchädlich ward" (vgl. Glück II §. 407—409). — Das weſtgal. Geſetzbuch beſtimmt im §. 54 Thl I daſſelbe was der §. 16 des Joſeph. Geſetzbuchs enthält, fügt jedoch, wieder in Übereinſtimmung mit der älteren Doctrin hinzu, daß Privilegien „die zum Nachtheil eines Dritten gereichen, von keiner rechtlichen Kraft ſind" (und Moratorien? und Monopole? vgl. ſchon Glück II S. 5 Note 12 und f. über jenes Axiom der älteren Schule, daß Privilegien salvo jure tertii ertheilt werden, insbeſ. Kierulff I S. 56); §. 53 beſtimmt im Unterſchied von §. 20 des Joſeph. Geſetzbuchs daß „ein Verzichtthun aus dem bloßen Nichtgebrauch keineswegs gefolgert werden kann," §. 54 daß wer „gerichtlich überwieſen iſt" (vgl. preuß. Landrecht Einleit. §. 72), daß er ein Privilegium „auf liſtige Art gemißbraucht habe," daſſelbe verwirke.

53) Hiermit löſt ſich der unter unſern Schriftſtellern geführte Streit, ob durch das bürgerliche Geſetzbuch die (Note 52) angegebenen Beſtimmungen des Joſeph. (und weſtgal.) Geſetzbuchs als aufgehoben anzuſehen ſeien, von ſelbſt in bejahender Weiſe; vgl. Winiwarter I S. 98, Stubenrauch I S. 107, auch Schuſter I S. 204 fg. iſt im Grunde dieſer Anſicht, da er die §§. 17. 19. 20 des Joſeph. Geſetzbuchs für aufgehoben hält. Die entgegengeſetzte Anſicht wird in leerer und verkehrter Buchſtabeninterpretation der Worte „inſofern die politiſchen Verordnungen keine beſondere Beſtimmung erhalten" (vgl. Kundmachungspat. Abſ. VIII) und in gänzlicher Verkennung des Fortſchritts, der im bürgerlichen Geſetzbuch v. Jahr 1811 gemacht iſt, von Ellinger Handb. 5. Aufl. S. 22 und Nippel Erläut. I S. 111 vertheidigt.

54) Selbſt jene in der Note 53 angeführten Schriftſteller, welche die Beſtimmung des Joſeph. Geſetzbuchs für aufgehoben anſehen, meinen das Privilegium

meinen darin, daß jedes Privilegium überhaupt wie ein anderes (welches?) Privatrecht zu behandeln sei, sondern es soll damit gesagt werden, daß jedes durch ein Privilegium ertheilte Recht im Allgemeinen so zu behandeln sei, wie es zu behandeln wäre, wenn es nicht einem Privilegium seine Existenz zu verdanken hätte. Dieser Grundsatz ist wie für den Schutz so für die Ausübung und den Untergang der Privilegien von großer Wichtigkeit, wie dieß später noch ausführlicher gezeigt werden wird[55].

V. Selbständige und unselbständige Rechte.

§. 66. Selbständig ist jenes Recht, welches für sich selbst und unabhängig von einem andern Rechte existirt. Ein unselbständiges Recht dagegen ist jenes, welches nicht für sich selbst, sondern nur in Beziehung auf ein anderes Recht besteht[1]. Letzteres Recht nun heißt in Beziehung auf das unselbständige Recht Hauptrecht. In Beziehung auf dieses Hauptrecht erscheint das unselbständige Recht als Nebenrecht[2] (accessio vgl. oben §. 53 Note 9).

Als Nebenrechte können nicht bloß solche Rechte bestellt werden, deren Natur mit der des Hauptrechts übereinstimmt wie z. B. das Recht auf Zinsen mit dem Rechte auf das Capital, die Bürgschaftsschuld mit der verbürgten Schuld, sondern auch solche Rechte, deren Natur und Beschaffenheit von jener des Hauptrechts wesentlich verschieden ist[3]. So kann für ein persönliches Hauptrecht ein dingliches

---

sei überhaupt wie jedes andere Privatrecht zu behandeln, wobei nur die (unlösbare) Frage entsteht welches andere Privatrecht als Normalrecht anzusehen sei.

55) Über die Collision der Privilegien s. unten §. 70 Nr. III.

1) Es ist zu eng, wenn Böcking I §. 98 §. c die unselbständigen Rechte als solche definirt, „welche nur um eines andern Rechts willen zu dessen Sicherung existiren;" denn es gibt Rechte, welche nur „um eines andern willen" existiren und dennoch nicht zur Sicherung desselben dienen, z. B. die Zinsenforderung im Verhältniß zur Capitalforderung.

2) Der Begriff des Nebenrechts fällt an sich mit dem Begriff des unselbständigen Rechts nicht zusammen, sondern ist weiter als dieser (vgl. Böcking I S. 329 a. E.), da es Nebenrechte gibt, welche selbständiger Natur sind und daher auch fortdauern, wenn das Hauptrecht selbst erloschen ist, was beim unselbständigen Recht nicht der Fall ist. So bestand z. B. im römischen Recht das Nebenrecht des Adstipulators fort, wenn auch des Recht des Hauptstipulators bereits erloschen war, Gajus III §. 117 vgl. mit §. 100.

3) Vgl. insbes. Wächter II §. 51.

Nebenrecht bestellt werden z. B. für eine Forderung ein Pfandrecht; so kann das Nebenrecht klagbar sein, während das Hauptrecht unklagbar ist, wie wenn für eine Naturalobligation eine giltige Bürgschaft geleistet oder ein giltiges Pfandrecht bestellt wurde[4]; so kann das Nebenrecht gesicherter sein als das Hauptrecht und umgekehrt z. B. wenn für eine Zinsenforderung nicht auch für die Capitalsforderung oder umgekehrt Bürgschaft geleistet oder ein Pfand bestellt wurde[5]. Durch diese Verbindung des Nebenrechts mit dem Hauptrecht wird die Beschaffenheit des ersteren nicht verändert (suas conditiones habet l. 13 §. 4 D. quae res pign. 20, 1), das Nebenrecht behält seine juristische Natur: insofern Rechte von verschiedener Natur als Nebenrechte bestellt werden können, läßt sich daher nichts Allgemeines darüber geben. Dagegen ergeben sich aus dem Wesen der Unselbständigkeit eines Rechts, aus dem Umstande, daß ein Recht nicht für sich sondern nur in Beziehung auf ein anderes Recht besteht, gewisse allgemeine Folgerungen, welche bei allen Rechten von denen hier die Rede ist eintreffen und die nunmehr dargestellt werden sollen.

I. Das Nebenrecht besteht nur in Beziehung auf das bestimmte Hauptrecht. Der Berechtigte ist daher nicht befugt, das Nebenrecht einseitig vom Hauptrechte zu trennen um es mit einem andern Hauptrecht, einem eigenen oder fremden, zu verknüpfen. Daher kann man z. B. das für eine Forderung bestellte Pfand nicht willkürlich auf ein anderes Forderungsrecht übertragen oder es einem andern Pfand-

---

4) In einem solchen Fall kann zwar nicht die Hauptforderung mit einer Klage geltend gemacht werden, wohl aber das Nebenrecht, die Forderung gegen den Bürgen oder das Pfandrecht. §. 4 I. de fidejuss. (3, 20) — at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fidejussor. l. 16 §. 3 D. de fidejuss. (46, 1) l. 101 D. de solut. (46, 3). Was insbesondere die Pfandbestellung für eine naturalis obligatio betrifft, so hat man zwar öfters gemeint, daß in einem solchen Fall nur ein Retentionsrecht, kein dingliches Recht erzeugt werde, allein entschieden mit Unrecht; vgl. Vangerow I §. 364 Anm. 2 S. 941 fg. — An diesen Grundsätzen ist auch durch das heutige österreichische Recht nichts geändert worden (§. 1351 a. b. G. B.); wenn sich daher z. B. Jemand für ein nicht schriftlich gemachtes Schenkungsversprechen verbürgt, so kann der Promissar zwar nicht gegen den Hauptschuldner klagen (§. 943 a. b. G. B.), wohl aber gegen den Bürgen.

5) l. 38 i. f. D. de solut. (46, 3) §. 1353 a. b. G. B. Bestellt z. B. der Schuldner für die rückständigen Zinsen ein Pfand, so ist das Pfandrecht ein Nebenrecht des Nebenrechts d. h. der Zinsforderung, nicht aber des Hauptrechts d. h. der Capitalsforderung; vgl. Wächter Note 2.

gläubiger dergestalt abtreten, daß das Pfand nunmehr für dessen Forderung zu haften hätte[6]. Ebensowenig kann man das Recht vom Capital Zinsen zu fordern einem andern Capitalsgläubiger dergestalt abtreten, daß dieser nun aus seiner Capitalsforderung Zinsen zu beziehen hätte. Während das Nebenrecht seiner Natur nach sich nicht einseitig vom Hauptrecht trennen und mit einem andern Recht verbinden läßt, steht nichts im Wege, daß der Berechtigte die Ausübung des Nebenrechts dritten Personen überlasse, insofern die Natur des betreffenden Nebenrechts überhaupt eine abgesonderte Ausübung zuläßt[7]. Das Nebenrecht kann dann aber nur in seiner Qualität als Nebenrecht ausgeübt werden, d. h. es kann von dritten Personen nur unter denselben Bedingungen und Voraussetzungen und mit derselben Wirkung ausgeübt werden, wie es von dem Hauptberechtigten selbst ausgeübt werden müßte. So z. B. kann der Gläubiger die Klage aus der Bürgschaft einem Dritten abtreten ohne ihm zugleich die Klage aus der Hauptschuld abzutreten. Diesem Dritten kann der Bürge aber alle Einreden entgegensetzen, welche er dem klagenden Gläubiger selbst hätte entgegensetzen können[8], insbesondere auch jene welche aus der accessorischen Eigenschaft der Bürgschaftsforderung entstehen z. B. daß die Hauptschuld schon getilgt sei. Leistet der Bürge dem Dritten, dem die Forderung abgetreten wurde, Zahlung, so wird die nicht abgetretene Hauptforderung selbst in dem entsprechenden Betrage getilgt und in so fern liegt in der That in der Cession der Forderung gegen den Bürgen in so weit auch eine Cession der Hauptforderung, als dieselbe in der Forderung gegen den Bürgen zugleich geltend gemacht wird[9]. Das Gleiche gilt in Ansehung des Pfandrechts. Auch

6) Vgl. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte (3. Aufl.) §. 28 S. 331 fg., der sich aber zu unbedingt und absolut ausspricht, indem er nicht gehörig zwischen Übertragung des Rechts und Übertragung der Ausübung des Rechts unterscheidet; ferner Wächter Handb. II S. 339. 340.

7) Vgl. hierüber insbes. Puchta im Rechtslex. Bd II Art. Cession S. 644, Vangerow III (neueste Aufl. 1855) S. 119. 120.

8) So kann z. B. der Bürge dem Dritten die Einrede entgegensetzen, daß der Hauptschuldner noch nicht eingemahnt worden sei §. 1355 a. b. G. B. (Diese „gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung" ist nach österr. Recht an die Stelle des beneficium excussionis der Nov. 4 getreten, auf welches schon seit ältester Zeit häufig Verzicht vorkam und welches durch die Praxis immer in engere Schranken eingeschlossen wurde; vgl. Girtanner Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht 1851 S. 429 fg. vgl. auch S. 560. 561.

9) Puchta a. a. O. S. 644: „Eine Cession der Forderung gegen den

das Pfandrecht kann als solches nicht einseitig von dem Hauptrecht getrennt und einem Andern in der Art übertragen werden, daß es nunmehr Accessorium für ein diesem zustehendes principales Recht würde, wohl aber kann die Ausübung des Pfandrechts d. h. die Pfandklage einem Andern überlassen werden ohne ihm zugleich die persönliche Klage aus der Forderung zu übertragen [10]. Dieser Cessionar kann aber dann gegen den Hypothekarschuldner nur unter derselben Voraussetzung und unter denselben Bedingungen klagend auftreten [11], unter denen der Pfandberechtigte selbst hätte auftreten müssen [12]. Ebenso kann ein Pfandberechtigter einem spätern Pfandgläubiger sein Vorzugsrecht (die Priorität) abtreten [13]; aber auch hier wieder nur so, daß der spätere Pfandgläubiger in der Art von dem Vorzugsrechte Gebrauch machen muß, wie es der Cedent selbst thun müßte, also für keinen höhern Betrag und ohne Beeinträchtigung der dazwischenstehenden Pfandgläubiger [14]. Ebenso kann endlich der Gläubiger die Forderung auf die Zinsen, sowohl auf die bereits verfallenen als auf

---

Bürgen ist nur möglich, insofern an Cessionar die Hauptschuld bezahlt werden kann, also wenn ihm auch die Hauptforderung in so weit wenigstens cedirt ist, als sie in der gegen den Bürgen zugleich geltend gemacht wird. Dieß ist denn auch als die stillschweigende Intention bei der Cession der Klage gegen den Bürgen anzunehmen, ein Befugniß zur abgesonderten Geltendmachung gegen den Hauptschuldner ist damit noch keineswegs gegeben." Vgl. Bangerow a. a. O.

10) Puchta a. a. O.: „Das Pfand haftet nur für die Forderung, für welche es bestellt ist; jene Cession kann daher nicht die Wirkung haben, daß es nunmehr für die eigene Forderung des Cessionars hafte. Der Cessionar fordert und sucht mit der actio hypothecaria die Befriedigung der Forderung des Cedenten; diese ist es, die er in der Pfandklage geltend macht und die durch die Ausübung des Pfandrechts befriedigt wird; die Summe, welche der Cessionar dafür erhält, verwendet er sodann vermöge seines Verhältnisses zum Cedenten zur Tilgung seiner eigenen Forderung."

11) cf. l. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7) l. 4 C. si pign. (8, 24).

12) Auch in der Cession der Pfandklage liegt in so weit eine Cession der persönlichen Hauptforderung, als diese in der gegen den Pfandbesitzer angestellten Klage zugleich geltend gemacht wird. — Auf die im Text gegebene Weise ist denn auch das subpignus die Afterverpfändung (§. 454 a. b. G. B.) zu erklären, da diese nichts anderes als die Verpfändung des Pfandrechts ist (was aber freilich bestritten ist vgl. vorläufig Bangerow I §. 368 Anm. 2), die Verpfändung des Pfandrechts aber nichts anderes ist als eine eventuelle Überlassung der Ausübung des Pfandrechts d. h. eine eventuelle Cession der Pfandklage.

13) cf. l. 12 §. 4 D. qui potior. (20, 4).

14) Über die Folgen der Abtretung des Vorzugsrechts so wie über die Einräumung eines gleichen Ranges vgl. insbesond. Heyne Commentar über das kön. sächs. Gesetz die Grund- und Hypothekenbücher betreffend Bd I (1845) S. 362—369.

die künftig verfallenden, für sich allein ohne die Forderung auf das Capital übertragen. Aber auch in diesem Fall behält das zur Ausübung übertragene Recht durchaus seine alten Beziehungen zum Hauptrecht: es ist und bleibt ein unselbständiges abhängiges Recht und es treten auch nach der Überlassung der Ausübung desselben alle Folgen ein, welche sich aus jener Unselbständigkeit und Abhängigkeit ergeben [15].

II. Da das Nebenrecht nur in der Beziehung zu einem bestimmten Hauptrecht besteht, so geht es absolut und unbedingt auf jeden über der das Hauptrecht erwirbt, vorausgesetzt daß das Nebenrecht überhaupt ein übertragbares nicht an die Person des Berechtigten gebundenes Recht ist. Der Berechtigte kann daher bei der Übertragung des Hauptrechts das Nebenrecht nicht für sich zurückbehalten und kann ebensowenig Einem das Hauptrecht und einem Andern das Nebenrecht übertragen [16]. Daher geht z. B. das Pfandrecht und ebenso die Bürgschaft von selbst auf jeden über der die Forderung erwirbt, welche mit dem Pfandrecht bedeckt ist oder zu deren Sicherheit die Bürgschaft bestellt ist [17].

III. Da das Nebenrecht ohne das Hauptrecht nicht bestehen kann, indem seine Existenz durch die des Hauptrechts wesentlich bedingt ist, so muß das Nebenrecht erlöschen, wenn das Hauptrecht erlischt. Cum principalis causa non consistit ne ea quidem quae sequuntur locum habent (l. 129 §. 1 D. de R. J. [18]). Daher hört das Recht Zinsen zu fordern auf, wenn die Capitalsforderung zu existiren aufhört [19]; daher hören Pfandrecht und Bürgschaft auf, wenn die Haupt-

15) Wenn daher die nicht abgetretene Hauptforderung erlischt, so erlischt auch die abgetretene Zinsenforderung; der Cedent kann auf diese Weise noch immer den Cessionar beeinträchtigen, indem er z. B. dem Schuldner die Capitalschuld erläßt, und es bleibt dem Cessionar in einem solchen Fall bloß übrig sich an den Cedenten zu halten.

16) Wohl aber kann der Berechtigte sich oder einem Dritten die Ausübung des Nebenrechts vorbehalten, was dann die sub I dargestellten Wirkungen hat.

17) l. 6 D. de hered. vend. (18, 4) Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, ejus quoque quod postea venditor accepit, nam beneficium venditoris prodest emptori. §. 1358. §. 1428 a. b. G. B.

18) Fast wörtlich übereinstimmend hiermit ist l. 178 D. de R. J.

19) Wird also z. B. die Forderung novirt, so hören für die Zukunft die Zinsen zu laufen auf (l. 18 D. de novat. 46, 2 §. 1378 a. b. G. B.); ebenso wenn die Forderung gezahlt oder der Schuldbetrag gerichtlich hinterlegt wird (l. 7 D. de usur. 22, 1 §. 1425 a. b. G. B.). Rückständige also bereits fällig gewordene

forderung auf welche Weise immer[20] z. B. durch Zahlung[21] oder Novation[22] erlischt[23]. — Das Nebenrecht kann zwar ohne das Hauptrecht nicht bestehen, wohl aber kann das Hauptrecht ohne das Nebenrecht bestehen. Daher wird durch die Existenz des Hauptrechts die Existenz des Nebenrechts nicht unbedingt gesichert. Während also mit dem Erlöschen des Hauptrechts das Nebenrecht nothwendig untergeht, kann das Hauptrecht fortbestehen, während das Nebenrecht für sich untergeht, was in jenen Fällen geschehen wird, in welchen der Erlöschungsgrund auf das Nebenrecht beschränkt ist. So kann z. B. das Pfandrecht durch den Untergang der Sache zu Grunde gehen; so kann das Nebenrecht durch einen sich bloß auf dasselbe beziehenden Vertrag erlöschen wie durch Remission des Pfandrechts oder der Bürgschaft, durch Erlaß der Zinsenschuld u. s. w. Auch kann das Nebenrecht für sich allein durch Verjährung untergehen, wenn eine sich bloß auf das Nebenrecht nicht auch auf das Hauptrecht beziehende erlöschende Verjährung eintritt; so z. B. kann eine Zinsenforderung durch Verjährung erlöschen während die Capitalsforderung fortbestehen mag[24] (vgl. auch §. 1367 a. b. G. B.).

IV. Da das Nebenrecht ohne das Hauptrecht nicht existiren kann, so kann aus der Existenz des Nebenrechts auf die Existenz eines Hauptrechts geschlossen werden[25]. Daher liegt in der Bezahlung

Zinsen können aber allerdings trotz des Erlöschens der Hauptschuld als selbständige Schuld restiren (l. 75 §. 9 D. de V. O.); s. jedoch im Text Nr. V. Vgl. Heimbach Die Lehre von dem Creditum (1849) S. 488 fg.

20) l. 43 D. de sol. (46, 3) In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur; puta adpromissores, hypothecae, pignora. l. 38 i. f. D. eod. l. 6 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6) §. 469 a. b. G. B.

21) pr. I. quib. mod. obl. toll. (3, 29).

22) l. 18 cit. l. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8, 27) §. 1378 a. b. G. B.

23) Hiervon macht auch weder die Bestimmung des §. 1483 noch jene des §. 469 a. b. G. B. eine Ausnahme, indem im ersten Fall propter pignus remanet naturalis obligatio (cf. l. 2 C. de luit. pign. 8, 34 und Mühlenbruch Cession S. 333 fg.), im zweiten Fall aber die Forderung selbst zu deren Sicherstellung die Hypothek dient trotz der Tilgung als fortbestehend fingirt wird; vgl. oben §. 61.

24) z. B. Jemand zahlt durch 30 Jahre keine Zinsen (§. 1480 a. b. G B.), erkennt aber die Capitalschuld an (§. 1497 a. b. G. B.).

25) Hieraus erklärt sich l. 6 §. 1 D. de usur. (22, 1) — ideo numerari decies centena dotis nomine jussit, quod ea patrem praestitisse dotis usuras allegasset. Aus dieser Stelle hat man früher häufig die Möglichkeit der Ersitzung einer Capitalsforderung (wie aus l. 6 pr. eod. die Möglichkeit der Ersitzung einer Zinsenforderung) ableiten wollen.

von Capitalzinsen eine Anerkennung der Capitalsschuld und es wird hierdurch die Verjährung in ihrem Beginn gehindert so wie die begonnene in ihrem Lauf unterbrochen[26]. — Aus dem gleichen Grund folgt ferner, daß wenn durch Urtheil rechtskräftig entschieden ist daß das Hauptrecht nicht bestehe, hiermit auch rechtskräftig entschieden ist, daß das Nebenrecht nicht bestehe: der spätern Klage aus dem Nebenrechte wird daher die exceptio rei judicatae entgegenstehen[26a].

V. Es ist für das Nebenrecht von großer Bedeutung ob dasselbe bloß *materiell* sich als ein accessorisches Recht darstellt, oder ob es zugleich *formell* bloß als ein accessorischer Bestandtheil des Hauptrechts besteht[27]. Im ersten Fall kann das Nebenrecht abgesondert von dem Hauptrecht und mit einer besonderen von der auf das Hauptrecht gehenden verschiedenen Klage geltend gemacht werden; im zweiten Fall dagegen kann das Nebenrecht nur in und mit dem Hauptrechte zugleich verfolgt werden, es besteht keine besondere Klage zur Geltendmachung des Nebenrechts, sondern dieses kann nur mit der Klage aus dem Hauptrechte, also nur solange diese stattfindet, gerichtlich realisirt werden. Wann das Eine, wann das Andere der Fall sei, das läßt sich nicht allgemein durch abstracte Regeln bestimmen, da auch der Umstand, ob das Nebenrecht aus einem Vertrage entspringt oder ob es kraft rechtlicher Vorschrift mit dem Hauptrechte verbunden ist, kein allgemein giltiges Kriterium für die Lösung dieser Frage gewährt[28]. Nur so viel läßt sich sagen, daß in der Regel der erste Fall eintrete d. h. daß in der Regel das Nebenrecht mit besonderer Klage verfolgt werden könne. In diesem regelmäßig eintretenden Fall, welcher nunmehr näher betrachtet werden soll, bleibt das Nebenrecht *materiell* doch immer Accessorium des Hauptrechts, d. h. es treten die vorher angegebenen Folgen ein und insbesondere

26) l. 8 §. 4 C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39) l. 49 C. de fide instrum. (4, 21).

26a) Vgl. Buchka Einfluß des Processes II S. 485. 486, Arnold Praktische Erörterungen aus dem Rechtsgebiet Hft 2 S. 283 fg.

27) Vgl. Glück Bd XXI S. 58 fg., Wächter §. 54 Nr. III, Puchta Pandekt. §. 227 Vorles. II S. 20 fg., Arndts Pandekt. §. 207.

28) So bestand z. B. nach römischem Recht auf usurae ex obligatione kein besonderes Klagerecht, wenn die Zinsenforderung nicht durch stipulatio sondern durch pactum nudum (pactum adjectum) begründet worden war (Puchta Pandekt. §. 227 Note d, Savigny VII S. 427 fg.). Ebensowenig liegt es umgekehrt im Begriff gesetzlicher Zinsen (usurae legales), daß sie nur mit der Hauptforderung und nur mit der Klage aus dem Hauptrecht gefordert werden können; vgl. Arndts §. 207 Anm. 4 a. E.

erlischt das Nebenrecht für die Zukunft, wenn das Hauptrecht erlischt. Allein dieses materiell unselbständige und abhängige Recht kann selbständig und unabhängig geltend gemacht werden. Es kann daher das Nebenrecht, solange es besteht, mit einer eigenen von der auf das Hauptrecht gehenden verschiedenen Klage geltend gemacht werden; so z. B. können fällige Darleihenszinsen eingeklagt werden ohne daß der Gläubiger auf die Capitalsschuld zu klagen genöthigt wäre, und so wie der Gläubiger eine Darlehensschuld theilweise einklagen kann, so kann er beliebig mehrere verfallene Zinsenraten auf einmal oder jede einzelne fällig gewordene Rate gerichtlich einklagen[29]. Ferner können, wenn das Nebenrecht erloschen ist, die bereits verfallenen rückständigen Leistungen selbst dann noch gerichtlich eingetrieben werden, wenn auch das Hauptrecht selbst schon erloschen sein sollte, also die Klage aus dem Hauptrechte nicht mehr besteht, weil eben das Nebenrecht mit einer besonderen Klage verfolgbar ist. Wenn also z. B. Jemand aus einem Darlehen Zinsen schuldig ist und das Darlehen zurückbezahlt wird, so kann der Gläubiger noch immer die rückständigen Zinsen einklagen. Ebenso können in dem Falle wenn das Darlehen eingeklagt und der Schuldner zur Bezahlung desselben rechtskräftig verurtheilt wurde, die rückständigen Zinsen noch immer mittelst der Klage aus dem Nebenrechte gefordert werden, ohne daß hier die exceptio rei judicatae entgegenstünde, weil eben die Klage aus dem Nebenrechte von der aus dem Hauptrechte verschieden ist[30]. Für diese Möglichkeit der selbständigen Geltendmachung des Rechts auf die Nebenleistung nach der Erlöschung des Rechts auf die Hauptschuld ist es in der Regel gleichgiltig, aus welchem Grunde das Hauptrecht erloschen ist; mag z. B. die Hauptforderung durch Zahlung oder durch Novation erloschen sein, immerhin hört zwar das Nebenrecht für die Zukunft auf, aber das Recht auf die rückständigen Nebenleistungen kann immer noch geltend gemacht werden[31]. Nur Ein Fall macht hier eine Ausnahme, der Fall nemlich wenn das

29) l. 4 C. de judic. (3, 1) Judicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur ut debitorem ejus temporis quod non est in judicium deductum convenire possit. Über diese Stelle vgl. Wächter Erörter. Heft III S. 24 Note 30a.

30) Vgl. Wächter Erörter. Heft III S. 55, Arnold a. a. O. S. 282.

31) l. 26 D. de novat. (46, 2) — usuras neutri postinsecuti temporis debet —. l. 18 eod.

Hauptrecht auf Bezahlung der Capitalsschuld durch Verjährung erlischt: in diesem Fall kann auch das Nebenrecht auf die rückständigen Zinsen mit der Klage aus dem Nebenrechte nicht mehr geltend gemacht werden, wenngleich für diese Forderungen auf die einzelnen rückständigen Leistungen die Verjährungszeit an sich noch nicht abgelaufen sein sollte[32]. Diese Bestimmung, welche das römische Recht ausdrücklich enthält[33], muß auch nach heutigem österreichischen[34] Recht gelten, da sie in der Natur der Sache begründet ist[35]. — Wenn das

---

32) Wenn also die Capitalsforderung durch 30jährige Verjährung erloschen ist, so kann der Gläubiger nicht etwa die Zinsen der letzten drei Jahre, welche den Zeitraum von 30 Jahren voll machen, unter dem Vorgeben fordern, daß in Ansehung dieser die dreijährige Frist noch nicht verstrichen sei (§. 1480 a. b. G. B.); vielmehr sind mit der Verjährung der Capitalsforderung auch die Zinsenforderungen aus den letzten drei Jahren fort verjährt.

33) l. 26 pr. C. de usur. (4, 32) Eos qui principali actione per exceptionem 30 vel 40 annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, jubemus non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex iis temporibus eas velle sibi persolvi quae non ad 30 vel 40 praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere. Vgl. über diese Stelle Unterholzner Ausführl. Entwickl. der gesammten Verjährungslehre (1828) Bd II S. 332, Savigny System V S. 344, Puchta Vorles. II S. 20. 21.

34) Die gleiche Bestimmung gilt auch nach preuß. Recht; vgl. Koch Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preuß. Recht Bd I (1836) S. 431.

35) Wenn nemlich zufolge des Ablaufs der Verjährungszeit die Forderung erlischt, so erlischt sie nicht ex nunc, sondern ex tunc; die bei der Verjährung von Capitalschulden stattfindende Präsumtion der Tilgung der Schuld kann nur so verstanden werden, daß mit dem Ablauf der Zeit die Präsumtion eintritt, die Schuld sei im Lauf der Zeit also nicht etwa erst im Moment des Ablaufs der Verjährungsfrist getilgt worden (vgl. preuß. Landr. I 9 §. 568). Mit diesem Erlöschen der Hauptforgerung ex tunc verträgt es sich aber durchaus nicht, die Zinsenforderung, welche ein materielles Accessorium der Hauptforderung ist, ex nunc erlöschen zu lassen, da man nicht zu gleicher Zeit präsumiren kann, die verjährte Schuld sei schon in früherer Zeit einmal getilgt worden, und sie doch noch in Betracht der mit ihr accessorisch verbundenen Zinsverbindlichkeit bis auf den letzten Moment als fortbestehend betrachten kann. — Man hat es früher häufig nicht eingesehen, daß die Bestimmung der l. 26 pr. cit in der Natur der Sache begründet sei und hat die scheinbare Anomalie für eine wirkliche gehalten und sich oft in wunderlicher Weise über das römische Recht ausgesprochen; so z. B. Dabelow Über die Verjährung (1807) Bd II S. 472. 473: „Justinian verordnete, daß mit der Verjährung der Hauptschuldklage auch die Forderung der Zinsen verjährt sein sollte. Zu dieser der gesunden Vernunft offenbar zuwiderlaufenden Verordnung kann Justinian nur durch den Haß gegen die Zinsen bestimmt worden sein. Vorher war es allgemein geltender Satz, daß wenngleich die Schuldforderung selbst durch 30jährige Präscription aufgehoben worden

Nebenrecht auch formell ein accessorischer Bestandtheil des Hauptrechts ist, so besteht zur Geltendmachung desselben keine besondere Klage, das materiell abhängige Recht ist auch formell abhängig und unselbständig und kann nur in und mit der Hauptklage geltend gemacht werden[36]. Ist daher die Hauptklage hinweggefallen, so fällt hiermit auch für das Nebenrecht die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit hinweg. Die rückständigen Leistungen aus solchen Nebenrechten können somit gar nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn das Hauptrecht erloschen ist, oder wenn es gerichtlich zuerkannt wurde, ohne daß in dem rechtskräftig gewordenen Urtheile zugleich auch das Nebenrecht zuerkannt wurde[37]. Nach heutigem österreichischen Recht gehört nur folgender Fall hierher: das Recht auf Ersatz der Proceßkosten[38]. Dagegen[39] kann das Recht auf Ersatz

war, doch die rückständigen Zinsen noch gefordert werden konnten, weil mit jedem neuen Termin eine besondere Klage erwächst, die ihre eigene Verjährungsfrist hat." Auch Pachmann Die Verjährung nach dem allg. bürgerl. Recht in Österreich (1883) S. 44 sieht in der Bestimmung der l. 26 pr. eine anomale Singularität des römischen Rechts und meint, unter Berufung auf Dabelow's Unwillen (S. 52 Note 15), daß nach österr. Recht das Gegentheil zu gelten habe.

36) Von solchen Nebenleistungen wird im römischen Recht gesagt officio judicis continentur (vgl. Savigny VI S. 428 fg., Wächter Erörter. Heft II S. 48, Heimbach Creditum S. 484 fg., Arndts §. 207 Anm. 4), ein Ausdruck den man früher häufig dahin mißverstand, solche Nebenleistungen müßten von Amtswegen dem Kläger zugesprochen werden, was aber weder nach gemeinem Recht (vgl. Wächter Hdb. II S. 344 Note 14 a. A., Bayer Vorträge S. 85) noch nach österr. Recht gilt (vgl. §§. 402. 403 A. G. O. §. 582—584 der Civilproceßordnung für Ungarn u. s. f.).

37) Nach gemeinem Recht (C. 7, 46 §. 32 I. 4, 6) gehört hierher auch noch der Fall wenn der Richter dem Kläger die separate Nachforderung jener Leistungen besonders vorbehalten hat (vgl. Seuffert im civil. Archiv Bd I S. 232—236, Puchta Instit. II S. 275, Bayer Vorträge S. 409): ein Fall der sich nach österr. Recht ereignen kann (vgl. 583 der ungar. G. O.). — Der späteren Klage auf die Nebenleistungen steht da sie eine Wiederanstellung der alten Klage ist die exceptio rei judicatae entgegen l. 48 C. de usur. (4, 32) l. 4 C. depos. (4, 34) l. 3 C. de fruct. et litium expens. (7, 54); vgl. Arnold S. 281. 282.

38) §. 403 A. G. O. §. 583 der ungar. Civilproceßordn. Das Gleiche gilt nach römischem Recht l. 3 C. cit.

39) Nach römischem Recht gehört auch der Anspruch des Eigenthümers auf die fructus exstantes hierher, welche der bonae fidei possessor mit der Hauptsache herausgegeben hat (vgl. Wächter Erörter. II S. 95 Note 84), nach österr. Recht jedoch behält der redliche Besitzer die vor Insinuation der Klage gezogen Früchte (§. 330 a. b. G. B.). — Gegen den unredlichen Besitzer findet auf die von ihm gezogenen Früchte eine selbständige besondere Klage statt (nemlich die Vindicationsklage wenn die Früchte noch vorhanden sind und eine Condictio wenn sie verzehrt sind), sowohl nach römischem Recht (l. 3 C. de condict. ex lege 4, 9 l. 4 C. ex-

des Schadens aus der Mora des Schuldners und zwar insbesondere das Recht auf Verzugszinsen nach österreichischem[40] Recht mit einer besonderen Klage geltend gemacht werden[41], und es gilt also in Ansehung der rückständigen Verzugszinsen Alles, was hinsichtlich der Vertragszinsen oben gesagt worden ist.

---

pil. hered. 9, 32) als nach österreichischem Recht, was sich daraus erklärt, daß der unredliche Besitzer im Unterschied vom redlichen Besitzer fructus suos non facit, vielmehr das Eigenthum an den Früchten dem Eigenthümer der Hauptsache verbleibt; vgl. Wächter Erörter. Heft II S. 94 fg.

40) Anders nach römischem Recht; nach diesem gehören die Verzugszinsen unstreitig zu den Nebenrechten, welche officio judicis continentur; l. 49 D. de A. E. V. (19, 1) l. 44 C. de usur. (4, 32) cf. l. 4 C. depos. (4, 34). Nur darüber herrscht unter den Schriftstellern Streit, ob jene Bestimmung des römischen Rechts heutzutage noch praktische Geltung habe oder nicht. Die letztere Ansicht wird vertheidigt von Westphal Lehre des gem. Rechts vom Kauf (2. Aufl. 1807) §. 557 (unter Berufung auf die Regel ubi non deficit jus, ibi non deficit actio) und in neuester Zeit von Höpfner Beiträge zur civilgerichtlichen Praxis Bd II (1850) Nr. I S. 1—7; die erstere Ansicht dagegen von Glück IV §. 334 XXI S. 58 fg. so wie von den bei Glück Note 88 angeführten Schriftstellern und von Sintinis Civilr. II S. 195 insbes. Note 48. Das preußische Landr. hat in diesem Punkt die Bestimmungen des römischen Rechts aufgenommen; vgl. Koch Recht d. Forder. I S. 116 fg.

41) Daß nach österr. Recht auf die Verzugszinsen eine eigene Klage stattfinde, ergibt sich daraus unzweifelhaft, daß nach Hofdecr. v. 22. Aug. 1836 (Anhang Nr. 84) die fälligen Verzugszinsen binnen drei Jahren verjähren. Die Bestimmung dieses Hofdecrets, wonach der §. 1480 a. b. G. B. auch auf die Verzugszinsen zu beziehen sei, wurde durch die Zweifel über die Auslegung des §. 1480 a. b. G. B. hervorgerufen — Zweifel die in ähnlicher Weise auch in Preußen bestehen daselbst aber keine gesetzgeberische Entscheidung zur Folge hatten (vgl. Koch Recht der Forder. I S. 127—130), die auch in der That nicht nöthig ist, da die richtige Entscheidung sich aus der Natur der Sache von selbst ergibt. Diese richtige Entscheidung dürfte aber freilich gerade nicht die sein, welches jenes Hofdecret trifft, die vielmehr principiell angegriffen werden muß. Die kürzeren Verjährungsfristen bei Zinsen haben allein den Grund, für den Schuldner keine zu große Last erwachsen zu lassen, zu verhindern, daß durch die Nachlässigkeit des Gläubigers die Zinsen zu sehr anschwellen: auf den morosen Schuldner die gleiche Vergünstigung anwenden heißt eine Widerrechtlichkeit (denn diese liegt in der Mora, mag man sie nun in der Culpa coordinirt oder subordinirt betrachten, vgl. Mommsen Beitr. III §§. 2. 3) begünstigen, einer Widerrechtlichkeit Vorschub leisten. Aus dieser principiellen Verschiedenheit der vertragsmäßigen und der Verzugszinsen erklärt es sich auch, warum nach gemeinem Recht bei den vertragsmäßigen Zinsen ein Anwachsen ultra tantum gehemmt ist, nicht aber bei usurae legales (vgl. Koch a. a. O. I §§. 134. 135 und die bei ihm Note 28 angeführten Schriftsteller Pfeiffer Prakt. Ausf. VII S. 40 fg. Archiv f. Entscheidung. d. obersten Gerichtshöfe II Nr. 209). Nach österr. Recht wird man freilich auch in dieser Beziehung (vgl. §. 1335 a. b. G. B.) annehmen müssen, daß selbst die Verzugszinsen nicht ultra alterum tantum anschwellen dürfen: von diesem Moment an kann also der Schuldner ungestraft in Verzug bleiben.

VI. Theilbarkeit der Rechte[1].

§. 67. **Ein Recht ist theilbar, wenn sein Inhalt[2] d. h. die Macht die Herrschaft welche das Recht gewährt, dasjenige wozu uns das Recht befugt, theilbar ist[3]. Die Theilung des Rechts besteht demnach stets in einer Theilung seiner innern Bestandtheile, in einer Theilung der Befugnisse aus deren Inbegriff das Recht besteht; diese**

1) Buchholz Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts S. 47 fg., Warnkönig Über theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte Rechte in Roßhirt's Zeitschrift III S. 66 fg., Wächter im Archiv für die civilist. Praxis Bd XXVII S. 483 fg. und Handb. II S. 584 fg., Savigny Obligat. R. I §. 80 fg.

2) Was also getheilt ist das ist das Haben, das Gebrauchen, das Besitzen der Sache, das Fordern und Leisten; vgl. Kierulff I S. 325. Daher heißt es in l. 19 D. de usu et habit. (7, 8) Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus, d. h. der usus ist untheilbar weil sein Inhalt das uti untheilbar ist cf. l. 5 §. 15 D. commod. (13, 6).

3) Anderer Ansicht sind Göschen Vorles. I §. 77 und Wächter a. a. O. Sie meinen ein Recht sei theilbar, wenn der unmittelbare oder mitelbare Gegenstand desselben eine quantitative Theilung gestatte. Allein diese Ansicht ist sicher unhaltbar. Die Frage, ob der Gegenstand des Rechts theilbar sei oder nicht, hat auf die Frage, ob das Recht selbst theilbar sei, gar keinen Einfluß. Auch müßten nach jener Ansicht alle Rechte welche denselben Gegenstand haben theilbar oder untheilbar sein, je nachdem dieser Gegenstand theilbar oder untheilbar ist, was entschieden nicht der Fall ist. Ist z. B. das Eigenthumsrecht, das Nießbrauchsrecht an einem Grundstück deßhalb theilbar weil der Gegenstand des Rechts (das Grundstück) theilbar ist, so müßte auch der Usus und die Realservitut am Grundstück theilbar sein, da der Gegenstand des Rechts hier ganz derselbe ist. Wenn somit von den dinglichen Rechten, welche alle denselben Gegenstand haben, einige theilbar einige untheilbar sind, so kann das entscheidende Kriterium nicht in der Theilbarkeit des Gegenstandes sondern nur in der Theilbarkeit des Inhalts des Rechts liegen. Ebenso ist es bei Obligationen. Die Obligatio aus dem Kauf einer Sache auf das Übergeben (tradere) derselben ist theilbar (vgl. Savigny Obl. R. I S. 335 fg.), die Obligatio aus einem Depositum auf das Zurückgeben (reddere) derselbe ist untheilbar (l. 22 D. depos. 16, 3 nisi pro solido res non potest restitui): in beiden Fällen ist derselbe mittelbare Gegenstand vorhanden und dennoch in dem einen Fall die Obligatio theilbar, im andern untheilbar. — Wie wenig aber jene Auffassung zur Beurtheilung der einschlagenden Fragen ausreichend sei, beweisen jene Schriftsteller selbst, indem sie sagen (Göschen S. 233, Wächter im Archiv S. 486), ein dingliches Recht sei theilbar sobald der unmittelbare Gegenstand desselben reell oder doch ideell theilbar sei, es werde zur Theilbarkeit des Rechts nicht gefordert, daß die Möglichkeit der Theilung des Gegenstands eine physische sei, indem es genüge, wenn auch nur Theile am Gegenstand gedacht werden können. Nun ist aber die ideelle intellectuelle Theilung einer Sache nichts anderes als die Negation der Getheiltheit des Gegenstandes, die Position der Getheiltheit des Rechts (vgl. oben §. 54 Nr. II und Wächter selbst im Archiv S. 484): folglich geht jene Erklärung auf ein idem per idem hinaus: ein Recht ist theilbar, wenn es theilbar ist.

Befugniſſe werden aber in der Art unter mehrere Perſonen getheilt, daß jedem Theilhaber ſämmtliche Befugniſſe in unveränderter Qualität zuſtehen und nur der Umfang, in welchem jedem von ihnen dieſe Befugniſſe zuſtehen, ein beſchränkterer iſt. Bei der Theilung des Rechts wird das Recht in mehrere gleichartige homogene Theile zerlegt[4]; in jedem Theil finden ſich alle Eigenſchaften des Ganzen wieder; jedes Theilrecht trägt den Charakter und die Natur des ganzen Rechtes; aus der Summe aller Theile ergibt ſich der quantitative Umfang des Ganzen[5]. Würde eine Theilung des Rechts in der Art vorgenommen, daß das Recht nicht in mehrere gleichartige, ſondern in mehrere ungleichartige Theile zerlegt würde, indem dem Einen das eine Befugniß, dem Andern das andere Befugniß eingeräumt wird, ſo wäre dieſes eine Zerlegung des Rechts in ſeine Beſtandtheile, wodurch das alte Recht gänzlich aufgehoben und neue Rechte mit neuem Charakter gebildet würden[6]. Dann beſteht in keinem einzigen Theil das urſprüngliche Recht in ſeiner Natur fort; das getheilte Recht wird in verſchiedene Rechte mit verſchiedenem Charakter und von verſchiedener Natur aufgelöſt[7], und eben deßhalb kann kein Theilrecht mehr die Benennung führen, welche dem getheilten Rechte zukam[8].

4) Dem Umfang nach können aber dieſe Theile allerdings verſchieden ſein; ſo kann z. B. A zu $^2/_3$ B zu $^1/_3$ Eigenthümer eines Grundſtücks ſein.

5) Dieſe gleichartige Beſchaffenheit jedes Theilrechts gibt ſich auch in der Benennung kund, indem jedem Theilrecht der Name des ganzen Rechts zukommt. Wenn z. B. drei Perſonen ein Pferd gehört, ſo heißt jeder von ihnen Eigenthümer und der Ausdruck Miteigenthümer bezeichnet eben daß mehrere Eigenthümer vorhanden ſind.

6) Einen ſolchen Fall gewährt nach römiſchem Recht der ususfructus der in usus und fructus zerlegt werden kann. l. 13 §. 3 D. de acceptil. (46, 4) l. 14 §. 2. 3 D. de usu et habit. (7, 8).

7) Daraus ergibt es ſich, daß die Bildung der Servituten und überhaupt die Entſtehung der dinglichen Rechte in abstracto aus dem Eigenthum nicht durch eine „Ausſcheidung von Befugniſſen“ durch eine „Loslöſung von Beſtandtheilen“ und ebenſowenig durch „eine zeitweiſe Minderung der Beſtandtheile“ (wie Wächter Handb. II S. 585 meint) erklärt werden kann, da mit einer ſolchen Zerlegung des Eigenthums in ſeine Beſtandtheile der Begriff des Eigenthums für die zurückbleibenden Beſtandtheile nothwendig aufhören müßte. Die dinglichen Rechte ſind daher nicht als Theile des Eigenthumsrechts anzuſehen (l. 13 §. 2 D. de accept. 46, 4 l. 25 pr. D. de V. S.) und jene Aufhebung der Gemeinſchaft des Eigenthums, bei welcher dem einen Miteigenthümer das Eigenthum der ganzen Sache dem andern der Nießbrauch an derſelben adjudicirt wird (l. 6 §. 10 D. commun. divid. 10, 3) iſt durchaus nicht „eine Theilung des Rechts nach ſeinen innern Beſtandtheilen“ wie Wächter (Archiv Note 43 a. E.) meint.

8) Die Annahme eines ſ. g. getheilten Eigenthums (Ober- und

Wenn das Recht getheilt ist, so braucht deßhalb die Sache, welche der unmittelbare Gegenstand des Rechts ist, nicht ebenfalls getheilt zu sein[9]. Ja die sogenannte intellectuelle Theilung der Sache (vgl. oben §. 51 Nr. II) ist eine Negation der Realtheilung d. h. eine Verneinung der Theilung des Gegenstands des Rechts und eine Bejahung der Theilung des Rechtes am Gegenstande[10]. Bei der Theilung des Rechts an einer Sache[11] stehen die Theilhaber in einer Gemeinschaft; zur Aufhebung dieser Gemeinschaft führt die wirkliche Theilung, welche in einer physischen Theilung des Gegenstandes (Realtheilung) oder, wo diese nicht möglich ist, in einer Theilung des durch die Veräußerung der Sache erlangten Werthes besteht[12]. Die Theilungsklagen sind eben darauf gerichtet, die bisherige Gemeinschaft der Theilhaber aufzuheben und an die Stelle der bloß intellectuellen Theilung eine wirkliche Theilung zu setzen. Bei der Theilung eines Rechts kann man nur von partes divisae sprechen, denn das getheilte Recht ist stets wirklich getheilt. Wie man aber bei Sachen

---

Nutzungseigenthum) ist daher ganz unhaltbar, da dieß eine Theilung des Eigenthums in ungleichartige heterogene Theile wäre (vgl. Savigny Obligat. R. I S. 342 Note d). Ebenso gut könnte man von einem getheilten Eigenthum sprechen, wenn dem A das Eigenthum dem B der Usus fructus an einer Sache zusteht. (Freilich ist selbst dieß schon von österr. Schriftstellern behauptet worden; so sagt z. B. Drbacki in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 I S. 121: „Die Benützung steht dem Eigenthümer der Realität und dem Servitutsberechtigten gemeinschaftlich zu; in dieser Beziehung ist die dienstbare Realität ein gemeinschaftliches oder (?!) getheiltes Eigenthum.“) Es beruht auf einem Mangel an klarer Einsicht in den Begriff der Theilbarkeit eines Rechts, wenn Walter Deutsches Privatr. §. 182 die Annahme eines getheilten Eigenthums, in welcher Theilung des Eigenthumsrechts „nichts logisch oder der Natur der Verhältnisse Widersprechendes liege,“ mit dem Satz rechtfertigen zu können meint: „Es findet dabei ein Miteigenthum statt, nur so daß nicht die Sache nach quoten Theilen sondern die im Eigenthum enthaltenen Befugnisse getheilt sind.“

9) Vgl. Wächter im Archiv S. 184 fg. Handb. II S. 582.

10) l. 66 §. 3 D. de leg. II — plures in uno fundo dominium juris intellectu non divisione corporis obtinent. l. 5 §. 15 D. commod. (13, 6) — nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominum habere (d. h. der Gegenstand ist ungetheilt, das Recht ist getheilt).

11) Anders bei Forderungsrechten; hier wird durch die Theilung das Forderungsrecht in mehrere einzelne von einander unabhängige Obligationen zerlegt, zwischen welchen gar keine Gemeinschaft mehr besteht. Vgl. Savigny Oblig. R. I S. 321.

12) l. 26 §. 2 D. de leg. I l. 4 l. 3 C. commun. divid. (3, 37) Savigny Oblig. R. I S. 343, Wächter im Arch. Note 43.

von partes indivisae spricht, um damit zu bezeichnen, die Sache selbst sei nicht getheilt, sondern das Recht an der Sache sei getheilt, so spricht man hin und wieder auch bei dem Recht von partes indivisae um damit zu bezeichnen, daß das Recht selbst zwar getheilt, der Gegenstand desselben aber nicht getheilt sei. Diese Ausdrucksweise, welche aber durchaus nicht zu empfehlen ist, findet sich in ältern Lehrbüchern und ebenso im österreichischen Gesetzbuche [13].

Die Frage, welche Rechte theilbar welche untheilbar seien, setzt zu ihrer Lösung eine Kenntniß des Inhalts der einzelnen Rechte voraus, da die Theilbarkeit des Rechtes in der Theilbarkeit des Inhalts besteht. Eine detaillirte Angabe kann daher an diesem Orte nicht stattfinden, sondern es kann nur im Allgemeinen angegeben werden, welche Rechte theilbar, welche untheilbar seien [14]. Vor Allem ist zu bemerken, daß die ganze Frage nur auf das Vermögensrecht Bezug hat, da bei den s. g. Personen- und Familienrechten von Theilbarkeit begreiflicherweise nicht die Rede sein kann [15]. Theilbare Rechte sind das Eigenthumsrecht [16] und zwar ohne Rücksicht darauf ob die Sache

---

13) Man sprach hier öfters von einer Gemeinschaft des Rechts und definirte dieselbe irrigerweise als „die Theilnahme Mehrerer an einem und demselben Recht;" vgl. Schweppe I §. 159. Ebenso heißt es im §. 825 a. b. G. B.: „So oft das Eigenthum (d. i. das Eigenthumsrecht §. 361) der nemlichen Sache oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt besteht eine Gemeinschaft," d. h. das Recht ist getheilt aber der Gegenstand des Rechts ist ungetheilt. Ganz ebenso wird dieses Verhältniß von Thibaut System §. 126 fg. dargestellt und aus Mangel gehöriger Unterscheidung das Verschiedenartigste unter einander geworfen. Insbesondere pflegte man früher häufig die zwei Kategorien: Mehrere Rechte Einer Person und Mehrere Subjecte Eines Rechts aufzustellen und unter die letzte Kategorie nebst der communio auch die Rechte einer juristischen Person zu stellen vgl. Thibaut §. 129 fg.

14) Vgl. die oben Note 4 angeführten Schriftsteller. Was Schweppe I §. 94, Schilling II §. 68, Mühlenbruch II §. 224, Thibaut §. 176 über diese Materie geben, ist sowohl im Allgemeinen ungenügend, da sie bei der Lehre von der Theilbarkeit der Sachen nebenbei auch von der Theilung der Rechte handeln und nirgends bestimmt angeben worin die Theilbarkeit des Rechts bestehe, als auch im Einzelnen unbefriedigend.

15) Savigny Obl. R. I S. 340, Göschen Vorles. I S. 365. Wenn ein Vater mehrere Kinder hat, so ist die väterliche Gewalt nicht getheilt, sondern sie steht ihm in ihrem vollen Umfang rücksichtlich jedes Kindes zu. Ebensowenig ist die vormundschaftliche Gewalt unter mehrere Vormünder getheilt; getheilt kann nur die (geographische oder geschäftliche) Sphäre sein, innerhalb deren die ungetheilte vormundschaftliche Gewalt sich geltend macht.

16) In diesem Fall spricht man von Miteigenthum §. 361 a. b. G. B. I. 5

ſelbſt (reell) theilbar iſt oder nicht, der Nießbrauch[17], das Pfandrecht[18] und die auf eine theilbare Leiſtung gerichteten Obligationen[19]. Untheilbar dagegen ſind die Realſervituten[20], die übrigen Perſonalſervituten[21], die auf eine untheilbare Leiſtung gerichteten Obligationen und das Erbrecht[22].

D. de stipul. serv. (45, 3) l. 66 §. 2 D. de leg. II l. 5 §. 15 D. commod. (13, 6). Vgl. Savigny Obl. R. I §. 30 Nr. I.

17) l. 19 D. de usu et habit. (7, 8) — frui pro parte possumus. l. 5 D. de usufr. (7, 1) l. 1 §. 9 D. ad leg. Falcid. (35, 3) Ususfructus pro parte indivisa vel divisa constitui — potest. Vgl. Savigny a. a. O. Nr. V.

18) Man hat zwar früher häufig, beſonders aus Mißverſtändniß der l. 67 D. de evict. 21, 2 (indivisa pignoris causa) behauptet, das Pfandrecht ſei untheilbar (ſo z. B. auch noch Mühlenbruch und Schilling a. a. O.) allein mit Unrecht (vgl. Buchholtz a. a. O. S. 54, Warnkönig in der angeführten Abh. S. 78 fg. und insbeſondere Wächter im Archiv S. 488—495 der dieſe Frage ausführlich behandelt). Der Inhalt des Pfandrechts beſteht nemlich im Recht die verpfändete Sache im Fall der Nichtbefriedigung zu veräußern d. h. das Eigenthumsrecht oder doch den Eigenthumsbeſitz derſelben auf einen Andern zu übertragen. Da nun das Eigenthumsrecht und der Eigenthumsbeſitz theilbar ſind, ſo ergibt ſich daraus von ſelbſt, daß das Pfandrecht theilbar ſei. Man kann daher z. B. eine Sache nach ideellen Theilen verpfänden (l. 40 l. 46 §. 8 D. quae res pign. 20, 1 l. 7 §. 12 D. comm. divid. 10, 3) oder den ideellen Theil den man an einer Sache hat verpfänden (§. 329 a. b. G. B.).

19) Der Inhalt der Obligatio beſteht in der Leiſtung; iſt dieſe theilbar, ſo iſt auch das Forderungsrecht theilbar. Die Leiſtung iſt aber dann theilbar, wenn ſie durch die Theilung in ihrem Weſen und Werth keine Änderung erleidet, dergeſtalt daß durch die einzelnen Leiſtungen die ganze Leiſtung in ihrem vollen Weſen und in ihrem ganzen Umfang, alſo unverändert und vollſtändig beſchafft wird. So iſt z. B. die Forderung auf 100 fl. theilbar, weil durch die theilweiſen Leiſtungen z. B. von 50 und 50 fl. die ganze urſprüngliche Leiſtung unverändert beſchafft wird. Vgl. Savigny Obl. R. I §. 34 fg. hierzu aber auch insbeſondere Wangerow in der neueſten Aufl. des III Bds S. 7—48.

20) Der Inhalt der Realſervitut verträgt nemlich keine Theilung; ſo kann z. B. das Recht über das Grundſtück zu gehen nicht getheilt werden, man kann nicht theilweiſe etwa halb gehen noch über den ideellen Theil eines Grundſtücks gehen; l. 2 §. 1 D. de V. O. — natura divisionem non recipiunt — via iter actus l. 72 pr. D. eod. l. 17 D. de servit. (8, 1) Vgl. Savigny §. 30 Nr. VI.

21) Nach römiſchem Recht iſt der usus untheilbar l. 19 D. de usu et habit. (7, 8) — uti pro parte non possumus. Nach öſterreichiſchem Recht dagegen iſt der Uſus (§. 504 fg. a. b. G. B.) wohl als ein theilbares Recht zu betrachten, da er nach der mit der älteren Doctrin übereinſtimmenden Auffaſſung des öſterr. Geſetzbuchs (vgl. meine Beſprechung d. ſächſ. Entw. S. 280 fg.) nicht bloß im uti ſondern auch im frui beſteht und ſich vom Uſusfructus ſomit nicht ſo ſehr dem Inhalt als dem Umfang nach unterſcheidet.

22) Es iſt zwar öfters behauptet worden das Erbrecht ſei theilbar (ſo z. B. von Warnkönig in der angeführten Abh. S. 79 fg.), weil Mehrere zugleich Er-

In den zuletzt angegebenen Fällen beruht die Untheilbarkeit des Rechts auf natürlichen Gründen[23]: das Recht ist untheilbar, weil sein Inhalt keine Theilung verträgt. Es gibt aber auch Fälle in welchen ein an sich theilbares Recht durch das Gesetz oder durch Privatdisposition für untheilbar erklärt wird[24].

Von der Theilung des Rechts muß die Theilung der Ausübung eines Rechts unterschieden werden[25]. In diesem Fall ist das Recht an sich nicht getheilt[26], die Inhaber des ungetheilten Rechtes theilen sich nur in die Ausübung des Rechts z. B. nach der Zeit oder nach dem Maß. Auf diese Art kann also auch ein an sich untheilbares Recht (der Ausübung nach) getheilt werden[27]. Wenn z. B. einem Grundstück, das im Miteigenthum Mehrerer steht, ein Weiderecht oder ein Wasserbezugsrecht an einem andern Grundstück zusteht, so theilen sich die Miteigenthümer in die Zahl der Schafe die sie auf die Weide schicken, oder sie theilen sich in das Maß des geschöpften Wassers oder sie wechseln im Beziehen des Wassers ab u. s. w.[28].

Vierzehntes Capitel.

Ausübung, Concurrenz und Collision der Rechte.

I. Ausübung der Rechte.

§. 68. Ausübung eines Rechtes ist die thatsächliche Geltendmachung der in dem Recht enthaltenen Befugnisse, somit Realisirung

---

ben sein können, in welchem Fall dividi inter eos jus oportet (l. 9 §. 12 D. de hered. instit. 28, 5). Allein was in diesem Fall getheilt wird, ist nicht das Erbrecht sondern die Erbschaft im objectiven Sinn, der Nachlaß des Verstorbenen, die Vermögensmasse; das Erbrecht als die Repräsentation der vermögensrechtlichen Persönlichkeit eines Verstorbenen ist untheilbar: der coheres ist nicht halber Erbe sondern er ist Erbe zur Hälfte des Nachlasses, er bekommt nur die Hälfte der Vermögensmasse; l. 10 §. 1 D. de H. P. l. 1 §. 1 D. si pars hered. (5, 4).

23) l. 2 §. 1 cit. natura divisionem non recipiunt.

24) Vgl. hierüber oben §. 51 a. E.

25) Vgl. Wächter Handb. II S. 584, Savigny Oblig. R. I S. 348 Note q.

26) Nur uneigentlich spricht man von einer Theilung des Rechts nach der Zeit oder nach dem Maß; l. 19 §. 1 i. f. D. comm. divid. (10, 3) — jura aut mensura aut temporibus dividantur.

27) Ein Beispiel einer Theilung der Ausübung eines an sich theilbaren Rechts enthält l. 7 §. 10 D. comm. divid. (10, 3).

28) l. 5 D. de aqua quotid. (43, 20) l. 5 §. 1 D. de servit. (8, 1) l. 25 D. de S. P. R. (8, 3) l. 19 §. 1 D. comm. div. (10, 3).

des Inhalts, welcher in dem Rechte liegt, Geltendmachung des Rechtsſtoffs, welchen ein Recht enthält[1]. Die Ausübung iſt etwas Factiſches; es kann daher auch derjenige dem ein Recht nicht zuſteht dieſes Recht ausüben, indem er jene Handlungen vornimmt, zu welchen das fragliche Recht die Befugniß gibt, jene Herrſchaft ausübt, zu welcher das fragliche Recht die Macht einräumt[2]. Die Ausübung ſetzt aber ſtets voraus, daß die Handlungen zu welchen das Recht die Befugniß gibt mit dem Bewußtſein vorgenommen werden, daß hiermit der Inhalt des fraglichen Rechtes ausgeübt werde; wo dieſes Bewußtſein fehlt, kann von der Ausübung eines Rechtes keine Rede ſein[3]. Es gibt Rechte, welche eine fortwährende Ausübung zulaſſen, ohne daß dadurch der Inhalt des Rechts erſchöpft würde; hierher gehören die meiſten dinglichen Rechte und die Reallaſten. Andere Rechte dagegen werden durch die Ausübung aufgezehrt (conſumirt), indem mit ihrer (einmaligen oder wiederkehrenden) Geltendmachung der Inhalt des Rechts erſchöpft wird; hierher gehören die Forderungsrechte, und es wird hieran auch durch den Umſtand nichts geändert, daß die Leiſtungen in gewiſſen Terminen wiederkehren oder daß das Recht in

---

1) Das Aufgeben, Veräußern eines Rechts iſt nicht Ausübung desſelben, wie Arndts in der Zeitſchr. f. Civilr. und Prozeß N. F. Bd III (1847) S. 374 Note 10 richtig bemerkt; was Böcking Pandekt. I §. 128 Note 1 * hiergegen einwendet iſt unſtichhaltig, da in der That in der Veräußerung der Sache eine Entäußerung nicht eine Geltendmachung des Eigenthumsinhalts liegt, der vielmehr vollſtändig und ungeſchmälert auf den Empfänger übertragen wird.

2) So z. B. übt der Dieb, welcher die geſtohlene Sache für ſich behalten will, factiſch den Inhalt des Eigenthumsrechts aus; jener, welcher eine Dienſtbarkeit an einem Grundſtück zu haben glaubt und daher über das fremde Grundſtück geht, übt den Inhalt der Dienſtbarkeit aus, obgleich ihm das Recht ſelbſt nicht zuſteht. Dieſe fortgeſetzte thatſächliche Ausübung des in einem (dinglichen) Recht liegenden Rechtsſtoffs, die der rechtlichen Herrſchaft correſpondirende factiſche Herrſchaft über eine Sache iſt eben der Beſitz.

3) In dieſem Fall werden zwar Handlungen vorgenommen, welche den Inhalt eines Rechts bilden können; da ſie aber nicht in dieſer Abſicht vorgenommen werden, ſo erſcheinen ſie nicht als Ausübung des Rechts. Dieſer Grundſatz wird insbeſondere wichtig in der Lehre vom Beſitz; l. 25 D. quemadm. serv. (8, 6) Servitute usus non videtur nisi is qui suo jure uti se credidit —. l. 1 §. 6 D. de itin. (43, 19) l. 7 eod. Si per fundum tuum — commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret sed si prohiberetur non facturus inutile est ei hoc interdictum; nam ut — competat, jus fundi possedisse oportet; vgl. §. 312 a. b. G. B.

einem längere Zeit dauernden Innehaben oder Gebrauchen einer Sache besteht[4].

Für die Ausübung der Rechte gelten folgende Regeln:

1) Die Ausübung des Rechtes steht im Belieben des Berechtigten[5], die Berechtigung schließt die rechtliche Nöthigung zur Ausübung nicht in sich[6]; der Berechtigte kann sein Recht nach Belieben ganz oder theilweise ausüben[7], oder auch die Ausübung desselben gänzlich unterlassen. Nur in so fern besteht indirect ein Zwang zur Ausübung als die fortgesetzte Nichtausübung in manchen Fällen den Verlust des Rechtes zur Folge hat. An diese letztere Bestimmung hat die ältere Doctrin ihre Eintheilung der Rechte in Rechte (Handlungen, actus, res) merae facultatis und non merae facultatis geknüpft, indem sie die Rechte in solche unterschied, welche trotz fortgesetzter Nichtausübung nicht zu Grunde gingen und solche bei denen dieses der Fall sei[8]. Diese Theorie, welche einerseits aus der unrichtigen generalisirenden Auffassung der Exstinctivverjährung als einer allgemeinen Erlöschungsart der Rechte hervorging, andererseits auf einem Mangel an Schärfe in der Begriffsbestimmung des subjectiven Privatrechts

---

4) Denn mit der jedesmaligen Geltendmachung des Rechts wird ein Theil des Inhalts desselben consumirt; vgl. Sintenis I §. 27 S. 239. 240, der aber (S. 240) wohl etwas zu weit geht.

5) l. 44 D. de minor. (4, 4) l. 156 §. 4 D. de R. J.

6) l. un. C. ut nemo (8, 7) Invitus agere — nemo cogatur. cf. l. 156 pr. D. de R. J. Inwiefern von diesem Satz durch die Edictalladungen und die Provocationsklagen (Aufforderungsklagen) eine Ausnahme stattfinde, ist aus dem Civilproceß zu entnehmen; vgl. Wetzell System des ordentl. Civilproc. (1854) I §. 13.

7) l. 21 D. de R. J. Non debet cui plus licet quod minus est non licere. l. 113 eod. c. 36 de R. J. in VI. Wer das Recht des Viehtriebs oder Fahrwegs hat (§. 492 a. b. G. B.) kann auch über das Grundstück gehen; qui actum habet eoque uti potest etiam sine jumento pr. I. de servit. (2, 3). (Nur ist zu bemerken, daß während die römische via das plus des iter und des actus ist, nach österr. Recht via und actus, Fahrweg und Viehtrieb, auf gleicher Linie stehen §. 493 a. b. G. B.)

8) Über den Begriff der res merae facultatis, welchen man auf l. 2 D. de via publ. 43, 11 (Populus non utendo viam publicam amittere non potest) hat gründen wollen (vgl. Glück I §. 15 Note 13) und über welchen unter den älteren Schriftstellern selbst wieder nichts weniger als Einigkeit herrschte, vgl. Glück I §. 15, Höpfner §. 400 und s. auch Thibaut über Besitz und Verjährung (1802) S. 84 fg.

beruht (vgl. oben §. 58 a. E.) [9] iſt auch in das öſterreichiſche Geſetzbuch übergegangen [10].

2) Der Berechtigte darf zwar ſein Recht nicht über die Grenzen desſelben ausdehnen [11], er iſt aber befugt innerhalb der geſetzlichen Schranken ſein Recht in vollem Umfang auszuüben (qui jure suo utitur nemini facit injuriam) [12], ſollte daraus auch für einen Dritten ein Nachtheil erwachſen [13], oder ſollte die Ausübung des Rechts dem Verpflichteten auch noch ſo hart fallen [14].

3) Der Berechtigte iſt in der Regel befugt die ihm durch das Recht eingeräumte Herrſchaft in beliebiger Weiſe auszuüben; es iſt in juriſtiſcher Beziehung in der Regel irrelevant, ob der Berechtigte von ſeiner Herrſchaft einen vernünftigen oder unvernünftigen, einen ſittlichen oder unſittlichen Gebrauch macht [15]. In manchen Fällen

---

9) Gegen dieſen Begriff, der in neuerer Zeit allgemein als ein juriſtiſches Unding verworfen wird (ſich aber auffallender Weiſe bei Seuffert noch in der 3. Aufl. ſ. Pandektenr. 1852 I §. 68 findet) ſ. Unterholzner Ausführliche Entwicklung der Lehre von der Verjährung (1828) I §. 25.

10) §. 1459 a. b. G. B. vgl. zu dieſer Stelle Glück I S. 144. 145, Höpfner S. 447. Auch im öſterr. Geſetzb. iſt dieſe Beſtimmung aus dem doppelten im Text angegebenen Grunde hervorgegangen. Über „Handlungen der bloßen Willkür" vgl. auch Winiwarter V S. 160, der aus §. 1459 a. b. G. B. den falſchen Schluß zieht, daß die Vindicationsklage niemals verjähre, ja (S. 213. 214) ſogar behauptet, daß es „keine Verjährung der Klage aus dem Leih-Verwahrungs-Beſtandvertrage u. dgl. gibt, inſofern dieſe Klagen die Zurückſtellung der eigenen Sache zum Zweck haben!"

11) l. 20 §. 5 D. S. P. U. (8, 2) §. 484 a. b. G. B.

12) l. 55 D. de R. J. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. l. 151 eod. Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet. l. 155 §. 1 eod. §. 1305 a. b. G. B. Eine ſinguläre Ausnahme von dieſer Regel enthält §. 460 a. b. G. B., worüber das Nähere im Pfandrecht.

13) So iſt z. B. der Eigenthümer berechtigt ſein Haus höher zu bauen, ſollte dadurch dem Nachbar auch Licht oder Ausſicht entzogen werden (l. 9 D. de S. P. U. 8, 2 vgl. Schuſter Über Baurecht, Verbietungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienſtbarkeiten u. ſ. f. [1819] S. 64 fg. S. 97 fg.), einen Brunnen zu graben und dadurch dem Nachbar das Waſſer zu entziehen (l. 24 §. 12 l. 26 D. de damn. inf. 39, 2 l. 24 D. aq. pluv. arc. 39, 3), das Regenwaſſer, welches bisher auf des Nachbars Grundſtück zu deſſen Vortheil abfloß, auf dem eigenen Grundſtück aufzufangen (l. 1 §. 24 D. aq. pluv. arc. 39, 3) u. ä. m.; ſ. auch den von Prokner im Juriſten Bd XIV S. 123 fg. dargeſtellten Rechtsfall und vgl. hierzu l. 2 §. 9 D. aq. pluv. arc. (39, 3).

14) So z. B. kann der Gläubiger beliebig von dem einen der Correalſchuldner allein die Schuld eintreiben (§. 895 fg. a. b. G. B.).

15) So kann z. B. der Eigenthümer beliebig ſeine Sache verderben, beſchädi-

jedoch hat sich die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, auf das nationalökonomische Interesse, auf die Sittlichkeit und Humanität auch auf dem Rechtsgebiet geltend zu machen gewußt[16] und gewisse Beschränkungen herbeigeführt[17], welche sich theils auf die Art der Benützung[18] theils auf die Geltendmachung des Rechts[19] beziehen.

4) Die Ausübung des Rechts ist von den Motiven, welche den Berechtigten bei der Ausübung leiten, in der Regel unabhängig. Die Ausübung innerhalb der gesetzlichen Schranken ist daher ungehindert, sollte sie auch Anderen Nachtheil und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringen, sollte das Motiv zur Geltendmachung des Rechts auch Schadenfreude oder Herzenshärte sein, oder sollte die dem Berechtigten nutzlose, dem Dritten schädliche Ausübung des Rechtes aus bloßer Chikane geschehen. Die einzelnen Ausnahmsfälle[20],

---

gen, zerstören u. s. f. (§. 329. §. 362 a. b. G. B.), mag daraus im Allgemeinen ein noch so großer Nachtheil entstehen.

16) Hier zeigt sich überall der Conflict des allgemeinen Interesses mit der Privatwillkür, des Sollens mit dem Dürfen. Es liegt im Interesse des Staats, daß der Einzelne seine Sache zweckmäßig gebrauche (nam interest reipublicae ne quis rem suam male utatur §. 2 I. de his qui sui vel alien. 1, 8); dennoch läßt sich keine bestimmte Norm hierüber geben, ohne zu sehr die Freiheit des Einzelnen zu beschränken. Im Allgemeinen besteht überhaupt der Fortschritt in der Erhebung des Sittengesetzes zum Rechtsgesetz, in der Umkleidung der Forderungen der Sittlichkeit mit einem Rechtsschutz; nur daß dieser Fortschritt an der dem Einzelnen nothwendigen Sphäre freier Selbständigkeit seine Grenze findet.

17) Hierher gehören auch die zahlreichen gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, welche man verkehrterweise Legalservituten genannt hat.

18) So z. B. bestehen Waldordnungen, welche vorschreiben wie das Eigenthumsrecht an Waldungen mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse auszuüben ist; wer sein Haus verfallen läßt wird des Eigenthums entsetzt, wer Gründe öde und unbebaut liegen läßt wird abgestiftet (§. 387 a. b. G. B.); der Servitutsberechtigte ist verpflichtet seine Servitut civiliter auszuüben (§. 484 a. b. G. B.); der Eigenthümer eines Thieres darf dasselbe nicht in einer Weise behandeln, welche den Geboten der Humanität widerstrebt u. ä. m.

19) So z. B. in Ansehung des Eigenthümers verbauter Materialien (§. 417 a. b. G. B.) u. a. m.

20) Eine solche Ausnahme besteht vor Allem darin, daß der Besitzer, der in Folge einer siegreich durchgeführten Vindicationsklage zur Herausgabe der Sache verurtheilt ist, dasjenige was er mittelst eines Aufwands, der ihm nicht vergütet wird, auf die Sache verwendet hat nicht wegnehmen darf, wenn ihm dieß keinen Nutzen bringt und bloß zur Chikane des Gegners dient z. B. die Malerei der Wände l. 38 D. de R. V. (nec malitiis indulgendum est); dieß gilt auch nach österr. Recht (§. 332 a. b. G. B.). — Andere Ausnahmsbestimmungen des röm. Rechts s. in l. 3 pr. D. oper. publ. 50, 10 (welche Bestimmung bloß Bauten betrifft, die zu öffentlichen Zwecken errichtet werden sollen) und in l. 4 §. 12 l. 2

in welchen das Geſetz die Ausübung eines Rechtes nicht zuläßt, wenn der Berechtigte bloß um ſeinem Gegner erweislich zu ſchaden dasſelbe ausübt, dürfen nicht generaliſirt werden[21].

5) Wem ein Recht eingeräumt iſt, der iſt auch befugt die Mittel zu gebrauchen (ſ. g. adminicula juris) ohne welche das fragliche Recht nicht ausgeübt werden kann[22].

6) In der Regel iſt die Ausübung des Rechtes durch Stellvertreter möglich[23]; doch gibt es Fälle in denen das Recht dergeſtalt an die Perſon gebunden iſt, daß es ſelbſt der Ausübung nach an eine andere Perſon nicht übertragen werden kann[24].

---

§. 5 §. 9 D. aquae pluv. arc. (39, 3), Stellen, welche ſich aus der beſonderen Rückſicht auf die Feldcultur erklären.

21) Die ältere Doctrin wollte aus den in Note 20 angeführten Stellen die allgemeine Regel ableiten, daß jede Ausübung eines Rechts, welche in aemulationem alterius geſchehe, bloß um einem Andern zu ſchaden oder wie Andere ſagen (ſo z. B. noch Thibaut Syſtem §. 58, Schilling II §. 94) um einen Andern zu necken, unerlaubt ſei. Allein gegen die Regel, welche in der That der bloßen Willkür Thür und Thor öffnen würde, haben ſich mit Recht ſchon manche ältere Schriftſteller (z. B. Hommel Rhapsod. quaest. obser. 120) und die meiſten neueren erklärt vgl. Schweppe I §. 146, Fritz Erläuter. I S. 49, Wächter II S. 194. 195. (Auch in der Geſtalt, in welcher Sintenis I §. 27 S. 244, dem Heimbach N. L. IX S. 147 wörtlich folgt, den Satz, daß man ein Recht nicht zur Chikane eines Andern ausüben dürfe, aufſtellt, iſt er unrichtig.) Unter unſeren öſterr. Schriftſtellern herrſcht gleichfalls Streit über jenen Satz; der im Text vertheidigten Anſicht ſind Schuſter in der angef. Schrift S. 87 fg. und Stubenrauch I S. 724; der entgegengeſetzten Anſicht iſt Winiwarter II S. 449. Mit Recht iſt in das Geſetzb. v. 1811 die Beſtimmung des §. 255 Thl II des weſtgal. Geſetzb. („Das Geſetz begünſtigt weder Neid noch Schadenfreude") nicht übergegangen. — Manche ältere Naturrechtslehrer wollten nach der entgegengeſetzten Richtung auch ein ſ. g. Recht auf den unſchädlichen Gebrauch einer fremden Sache behaupten, ſ. dagegen mit Recht Zeiller Natürl. Privatr. §. 88; die Beſtimmung des weſtgal. Geſetzb. (II §. 255 „Duldungen und Unterlaſſungen, die Einem nützlich ſind ohne dem Andern ſchädlich zu ſein, können ohne Servitut ſchon nach den natürlichen Rechten gefordert werden: wer ſie auf geſchehenes Anſuchen ohne Grund verweigert, muß von Rechtswegen dazu angehalten werden") iſt mit Recht ins Geſetzb. v. 1811 nicht übergegangen.

22) Dieß gilt insbeſondere in Anſehung des Servitutsberechtigten; l. 10 D. de servitut. (8, 1) l. 20 §. 1 D. de S. P. U. (8, 2) l. 3 §. 3 D. de S. P. R. (8, 3) l. 11 D. commun. praed. (8, 4); vgl. §§. 496. 497 a. b. G. B. (Ganz verkehrt iſt es in dieſem Fall die adminicula juris Nebendienſtbarkeiten zu nennen, wie dieß Stubenrauch II S. 141. 142 thut.) S. ferner l. 2 D. de jurisd. (2, 1) l. 62 D. de procur. (3, 3) und andere Beiſpiele in l. 44 §. 9 D. de leg. I l. 15 §. 1 D. de usu et usufr. (33, 2).

23) Zu allgemein und unbedingt drückt ſich c. 68 de R. J. in VI aus: Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.

24) Vgl. oben §. 64 und 65.

II. Concurrenz der Rechte.

§. 69. Unter Concurrenz im weitern Sinn versteht man überhaupt das Zusammentreffen von Rechten und Verbindlichkeiten. Ein solches Zusammentreffen ist bei Rechten und Verbindlichkeiten in der doppelten Beziehung möglich, daß entweder verschiedene Rechte oder ein Recht und die demselben entsprechende Verbindlichkeit sich in einem Berechtigten vereinigen, oder daß mehrere Berechtigte mit ihren Rechten in der Ausübung ihres Rechts zusammentreffen[1].

Was zunächst das Zusammentreffen mehrerer Rechte in einer Person betrifft[2], so äußert eine solche Concurrenz an und für sich in der Regel keinen besondern Einfluß auf die betreffenden Rechtsverhältnisse. Es können in einem und demselben Subject die verschiedenartigsten Privatrechte sich vereinigen; nur versteht es sich von selbst, daß in demselben Subject nicht solche Berechtigungen zusammentreffen können, welche sich gegenseitig ausschließende rechtliche Fähigkeiten voraussetzen[3]. Treffen nun mehrere Rechte[4] in einer Person zusammen, so behält jedes der zusammentreffenden Rechte seinen Charakter und seine Natur, ohne daß durch das Zusammentreffen etwas daran geändert würde, und jedes der concurrirenden Rechte kann soweit dieß seine Natur zuläßt[5] im vollen Umfang ausgeübt wer-

---

1) Das Zusammentreffen mehrerer Rechte in demselben berechtigten Subject nennen manche Schriftsteller (z. B. Mühlenbruch I §. 467) objective Concurrenz, das Zusammentreffen mehrerer Berechtigter subjective Concurrenz; Andere (z. B. Göschen I §. 129, Böcking I §. 128 §. f) gebrauchen diese Ausdrücke gerade in der umgekehrten Bedeutung.

2) Vgl. hierüber Hufeland in der im folgenden § Note 4 angeführten Abhandlung S. 7—16 (der aber vieles hierherbezieht was gar kein privatrechtliches Interesse hat, wie z. B. Cumulation von Ämtern, Gehalten u. s. f.), Wächter II §. 74.

3) So z. B. kann der katholische Geistliche nicht Ehemann sein, eine Frau keine väterliche Gewalt besitzen, so kann man nicht im selben Proceß Richter und Advocat, Richter und Zeuge, Richter und Partei sein u. s. f. Doch kann man in diesen Fällen nicht, wie es Hufeland S. 10 thut, von einer Collision der Rechte sprechen, da ja eben die eine Qualität die andere und somit das Entstehen der widerstreitenden Rechte ausschließt.

4) Von dem Fall wo die concurrirenden Rechte verschiedene Klagrechte sind, wird später in der Lehre von der Klagenconcurrenz die Rede sein.

5) Wenn daher mehrere Rechte einer Person bloß alternativ eingeräumt werden, so stehen sie natürlich dem Berechtigten bloß alternativ zu: er kann nur von dem einen oder dem andern Gebrauch machen. Ganz verkehrt ist es in einem sol-

den[6]. Es macht hierbei keinen Unterſchied ob die mehreren Rechte in dem einen berechtigten Subject ſelbſt entſtanden, oder ob ſie zuerſt bei verſchiedenen Berechtigten entſtanden und ſich erſt ſpäter in der Perſon des jetzigen einen Berechtigten vereinigten. Ebenſo iſt es gleichgiltig, ob die concurrirenden Rechte gegen mehrere Verpflichtete oder nur gegen einen Verpflichteten gehen, und im letztern Falle wieder, ob die Rechte urſprünglich gegen mehrere Verpflichtete gingen und ſich erſt ſpäter gegen einen Verpflichteten vereinigen oder ob die Rechte gleich urſprünglich nur gegen einen Verpflichteten gingen[7]. — Auch das Zuſammentreffen von Rechten und Verbindlichkeiten in einer Perſon hat in der Regel auf die Exiſtenz der Rechtsverhältniſſe keinen Einfluß, da eine Perſon zugleich Rechte und Schulden haben kann, dafern nicht etwa die Verbindlichkeit gerade eine Modification oder Beſchränkung eines Rechtes enthält.

Von dieſer Regel, daß das Zuſammentreffen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten in einem und demſelben Subject auf den Beſtand der Rechte ohne Einfluß iſt, gibt es Ausnahmen allgemeiner Natur, welche darin beſtehen, daß eine Vereinigung der geſchilderten Art, alſo ein Zuſammentreffen mehrerer Rechte in einer Perſon gegen einen oder mehrere Verpflichtete oder eine Concurrenz von Rechten und Verbindlichkeiten in einer Perſon, den Untergang eines Rechtsverhältniſſes herbeiführt. Dieſe Ausnahmen werden ſtets dann eintreten, wenn in einer Perſon Rechte oder Verbindlichkeiten oder Rechte und

chen Fall von einer Colliſion der Rechte zu ſprechen wie dieß Göſchen I §. 129, Mühlenbruch I §. 167 Note 2 und Wening I §. 33 thun; ſ. dagegen Wächter Note 2.

6) Vgl. z. B. l. 19 §. 1 D. de annuis leg. (33, 1) §. 660 a. b. G. B.

7) l. 5 D. de fidejuss. (46, 1) — duae obligationes in unius persona concurrunt. l. 10 D. de A. E. V. Wenn daher z. B. von zwei Schuldnern oder Gläubigern aus verſchiedenen Obligationen einer den andern beerbt, ſo können beide Forderungen völlig unabhängig von einander geltend gemacht werden; die Rechte verſchiedener Berechtigten werden alſo dadurch, daß ſie ſich in einer Perſon vereinigen nicht zu alternativen, ſondern jedes Recht kann wie bisher ausgeübt werden. Ebenſo hat der Correalgläubiger, der einen andern Correalgläubiger beerbt, nunmehr zwei Forderungen (duas obligationes sustinebit) was für ihn unter Umſtänden wichtig ſein kann (z. B. wenn er für ſeine Perſon mit dem Schuldner ein pactum de non petendo geſchloſſen hat l. 93 pr. D. de solut. 46, 3); doch verſteht es ſich von ſelbſt, daß er in dieſem Fall den Gegenſtand nicht etwa zweimal, ſondern nur einmal erhalten kann; ebenſo verhält es ſich wenn ein Correalſchuldner den andern beerbt, l. 93 pr. §. 1 cit. l. 13 D. de duob. reis (45, 2) l. 5 D. de fidejuss. (46, 1) vgl. Wächter Note 3.

Verbindlichkeiten zusammentreffen, welche zu ihrem Bestande mehrere coexistirende Rechtssubjectivitäten wesentlich voraussetzen. So erlischt das besondere Recht wenn es mit dem allgemeinen Recht, welches es beschränken soll, in demselben berechtigten Subject zusammentrifft (z. B. Servitut und Eigenthum), da die Befugniß welche es gewährt schon im allgemeinen Rechte enthalten ist und da Niemand in rechtlicher Beziehung sich selbst beschränken kann; so erlischt das Recht, wenn es mit der ihm entsprechenden Verbindlichkeit in demselben Subjecte zusammentrifft (z. B. der Gläubiger beerbt den Schuldner und umgekehrt), weil jedes Rechtsverhältniß wesentlich zwei verschiedene Subjecte voraussetzt, und Niemand gegen sich selbst Rechte und Verbindlichkeiten haben kann; ebenso erlischt durch die Vereinigung des Hauptrechts und des dasselbe sichernden Nebenrechts in derselben verpflichteten Person das Nebenrecht (z. B. der Schuldner beerbt den Bürgen), insoweit das Nebenrecht durch diese Vereinigung seine Bedeutung für den Berechtigten gänzlich verliert. Diese ganz allgemeine Erlöschungsart von Rechten nennt man Confusio (§. 1445 a. b. G. B.); diese Wirkung der Concurrenz wird ihre nähere Darstellung in der Lehre von den allgemeinen Erlöschungsgründen der Rechte finden.

Treffen die Rechte mehrerer Subjecte zusammen, so bewirkt auch dieses Zusammentreffen keine Veränderung in dem Bestande und in der Geltendmachung der concurrirenden Rechte, dafern jedes der zusammentreffenden Rechte vollständig ausgeübt werden kann ohne dem andern einen Eintrag zu thun. So z. B. ist die Concurrenz der Rechte ohne Einfluß, wenn von zwei Personen jede an demselben Grundstück die Fußweggerechtigkeit hat, oder wenn mehrere Personen an einer zur Befriedigung Aller vollkommen hinreichenden Sache Pfandrechte haben, oder wenn mehrere Personen gegen den Schuldner der vollkommen zahlungsfähig ist Geldforderungen haben. In vielen Fällen ist jedoch neben der Ausübung des einen Rechts die Ausübung des andern gar nicht oder doch nicht vollständig möglich. In einem solchen Falle geht die Concurrenz der Rechte in einen Conflict derselben über[8], aus der Concurrenz der Rechte entsteht eine

8) Manche Schriftsteller (z. B. Schilling II §. 92, Mühlenbruch I §. 467, Wening I §. 33) wollen den Begriff der Concurrenz auf den Fall beschränken, wenn die zusammentreffenden Rechte ohne Widerstreit ausgeübt werden

Colliſion (ein Widerſtreit) derſelben, welche einer näheren Darſtellung bedarf.

III. Colliſion der Rechte[1].

§. 70. Wenn Rechte, welche verſchiedenen Perſonen wirklich zuſtehen alſo concret begründet ſind, in demſelben Inhalt zuſammentreffen und die vollſtändige Ausübung des einen Rechts die Ausübung der andern gänzlich oder theilweiſe ausſchließt, iſt eine Colliſion der Rechte[2], ein Widerſtreit der mehreren concurrirenden Rechte vorhanden.

---

können. Allein der Begriff der Concurrenz iſt der allgemeinere; auch die widerſtreitenden Rechte ſind concurrirende, würden ſie nicht concurriren, ſo könnten ſie gar nicht collidiren; ja ſpricht man nicht gerade in jenem Fall wo ſich am häufigſten eine Colliſion der Rechte ergibt von einer Concurrenz, nemlich beim Concurs der Gläubiger? Vgl. Göſchen I §. 129, Wächter Note 1. Im Unterſchied von der Colliſion nannte die ältere Schule die nicht zum Widerſtreit führende Concurrenz mehrerer Berechtigter nudum concursum jurium; vgl. Hufeland S. 19.

1) Die ältere Schule (ſo z. B. Hertius De collisione legum 1688 in ejusdem Commentat. et Opuscul. vol. I tom. I p. 155—157, Stryk De jure privilegiati contra privilegiatum 1688, Glück II S. 15—27) handelte immer nur von der Colliſion der Privilegien im engern und weitern Sinn; es iſt das Verdienſt Thibaut's (Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts [1. Aufl. 1798 2. Aufl. 1817] II Nr. 14 „Über die Colliſion beſonderer Rechte und Privilegien" S. 242—264) zuerſt dieſer Frage ihren gebührenden Umfang verſchafft zu haben, indem er von der Colliſion der Privilegien zu der Colliſion der Rechte hinaufſtieg und dieſe Lehre in den allgemeinen Theil des Syſtems (vgl. ſein Syſtem 8. Aufl. §. 84—86) ſtellte. Seither iſt dieſe Lehre von der Colliſion der Rechte Gegenſtand ausführlicher und eingehender Unterſuchungen geworden; vgl. Hufeland Über den eigenthümlichen Geiſt des röm. Rechts Bd II Nr. VII (1817) Über Veränderungen der Rechte durch das Zuſammenkommen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten" (S. 1—54), Stahl Über die Colliſion und den Vorzug des Beſondern vor dem Allgemeinen im Rechte (1826), Fritz Erläuterungen I S. 58—69, Kierulff I S. 230—244, Wächter II §. 76, Böcking I §. 128. — Im baieriſchen Codex (I. 2 §. 16 nr. 8. 9 17 §. 30 nr. 5) und in dem preuß. Landrecht (Einleit. §. 102—105) iſt dieſe Lehre im Sinn der älteren Doctrin behandelt worden; vgl. hierüber Hufeland in der angeführten Abhandl. S. 51—54 und über das preuß. Recht insbeſ. Bornemann I §. 43, Koch I §. 100. Das öſterr. Geſetzbuch vom Jahr 1811 (über das Joſeph. Geſetzbuch vgl. oben §. 65 Note 52) hat in ſehr paſſender Weiſe dieſe ganze Frage der wiſſenſchaftlichen Theorie überlaſſen: aber die öſterreichiſchen Theoretiker haben freilich bisher in dieſem Punkt noch nichts geleiſtet, ja es dürfte nicht leicht gelingen bei irgend einem öſterreichiſchen Schriftſteller über das Privatrecht auch nur eine nominelle Erwähnung dieſer Materie zu finden.

2) Dieſe Colliſion der Rechte im ſubjectiven Sinn iſt von der Colliſion der Rechte im objectiven Sinn, der Colliſion der Rechtsregeln (vgl. oben §. 20—28) wohl zu unterſcheiden, was öfters nicht gehörig geſchieht; vgl. hierüber Hufeland S. 24 und ſ. auch Note 12.

I. Hält man diese Begriffsbestimmung fest, so ergibt sich von selbst, daß in folgenden Fällen von einer Collision der Rechte nicht gesprochen werden könne:

1) Wenn ein gewisses Recht nur einer Person zukommen soll[3], mehrere Personen aber auf dieses Recht Anspruch machen, indem jede von ihnen behauptet, sie sei der einzig wahre Berechtigte und es daher zweifelhaft ist, welcher von ihnen das fragliche Recht zukomme, so ist keine Collision der Rechte vorhanden. Es ist nemlich in solchen Fällen nicht ein Widerstreit mehrerer Rechte, welche in der Ausübung zusammentreffen, sondern ein Widerstreit mehrerer Ansprüche auf das eine Recht vorhanden: es existiren nicht mehrere Berechtigte, sondern nur mehrere Prätendenten zu dem einen Recht[4]. Hierbei sind folgende zwei Fälle zu unterscheiden: a) Ist das Object des Rechts in den Händen eines Dritten, so muß ermittelt werden, welcher von den Prätendenten der wahrhaft Berechtigte sei; läßt sich dieses nicht ermitteln, kann also keiner den Beweis führen, daß er der wahre Berechtigte sei, so bekommt in der Regel keiner der Prätendenten etwas[5].

---

3) Kann das eine Recht mehreren Personen zukommen, so ist auch in diesem Fall keine Collision vorhanden (wie Schweppe I S. 345 irrigerweise annimmt): die mehreren Berechtigten theilen sich in das Recht. Wenn z. B. ein Preis von 400 Stück Ducaten für den Eigenthümer des Pferdes ausgesetzt ist, welches zuerst die Rennbahn durchläuft und zwei Pferde kommen zugleich an, so erhalten beide Eigenthümer der Pferde die 400 Ducaten und theilen sich darein. Ebenso ist es in dem Fall, wenn ein Familienfideicommiß immer dem Nächsten im Grad zufallen soll: sind mehrere gleich Nahe vorhanden, so theilen sich dieselben in den Genuß des Rechts; §. 624 a. b. G. B.

4) Vgl. Schweppe I §. 460 a, Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I Nr. XIV §. 8 fg., Wächter II S. 600. 601.

5) Wenn z. B. Jemand in seinem Testament sagt, meinem Freunde Schlosser (oder meinem Bruder) vermache ich mein Haus, und er hat mehrere Freunde dieses Namens (oder mehrere Brüder), so bekommt keiner dieser Freunde (oder der Brüder) das Haus, weil keiner vorausgesetztermaßen gegen den Erben beweisen kann, daß er der Bedachte sei (non deficit jus sed deficit probatio; l. 40 pr. D. de reb. dub. (34, 5) l. 2 D. quae pro non scr. (34, 8) l. 78 §. 3 D. de R. J. In solchen Fällen kann man in der That sagen (cf. l. 42 l. 43 D. de hered. instit. 28, 5 und f. über diese Stelle Hufeland S. 49, Fritz S. 69) invicem eos sibi obstare. (Auch können in einem solchen Fall nicht etwa die Freunde gemeinschaftlich auftreten und gemeinschaftlich die legirte Sache fordern, um sie hinterher etwa zu theilen oder durchs Loos zu entscheiden, wem von ihnen sie zufallen solle, wie dieß Schweppe I §. 460 a irrigerweise meint, indem er einen andern gar nicht hierher gehörigen Fall (l. 57 D. de R. V. l. 57 D. de H. P.) mit einbezieht; die l. 8 §. 3 D. de leg. II aber, worauf sich Schweppe beruft, setzt einerseits die Möglichkeit voraus, daß von den eingesetzten Titiis der eine oder an-

Sollte jedoch das fragliche Recht dennoch einem der Prätendenten zugeſprochen werden müſſen, ſo hätte das Loos zwiſchen ihnen zu entſcheiden[6]. b) Iſt einer der Prätendenten ſelbſt im Beſitze des Streitgegenſtandes, ſo iſt er in der günſtigen Lage, daß ihm derſelbe nicht durch einen andern entzogen werden kann, da der Kläger vorausgeſetzter Maßen den Beweis daß ihm das Recht gebühre nicht führen kann; der Beklagte bleibt im Beſitze, da um ihn aus demſelben hinauszutreiben eine ſtärkere Kraft erforderlich wäre, welche keiner der übrigen Prätendenten beſitzt[7].

---

dere im Stande ſein werde zu beweiſen, er ſei der wahre Berechtigte, andererſeits und hauptſächlich aber die Bereitwilligkeit des Erben, das Legat dem einen oder andern von ihnen auszufolgen, vgl. Heiſe S. 241. 242.) So wie die Erbeinſetzung oder ein Vermächtniß im gegebenen Fall wirkungslos iſt, ſo muß auch die Abemtion eines Legats wirkungslos ſein (l. 44 §. 4 D. de adim. leg. 34, 4) wenn der Erblaſſer eines von mehreren ausgeſetzten Vermächtniſſen widerrufen hat und man weiß nicht welches, da der Erbe zu beweiſen hat, daß gerade das Legat dieſes Legatars widerrufen worden ſei (l. 22 D. de prob. 22, 3) und er dieſen Beweis vorausgeſetztermaßen nicht zu erbringen im Stande iſt. Wenn daher z. B. der A in ſeinem Teſtamente jedem ſeiner Brüder ein Legat ausgeſetzt hätte und ſpäter das Vermächtniß eines Bruders (ohne nähere Angabe welches Bruders) widerruft, ſo erhält jeder der Brüder ſein Legat und die Abemtion iſt in Anſehung Aller wirkungslos (l. 3 §. 7 D. h. t. utrique legatum debebitur; vgl. Puchta Pandekt. §. 537 Note e, Mühlenbruch Lehrb. §. 784 a. E., Arndts im R. L. VI S. 299 fg und Pandekt. §. 554 a. E. u. Anm. 2, Huſchke in der Zeitſchr. f. Civilr. N. F. IV S. 295. Über die berühmte Antinomie der l. 3 §. 7 cit. mit l. 40 pr. D. de reb. dub. [34, 5] vgl. Göſchen in der Zeitſchr. f. geſch. Rechtsw. I Nr. 6, Huſchke a. a. O. S. 288 fg. Der entgegengeſetzten wie mir ſcheint ganz und gar unhaltbaren Anſicht, daß im angegebenen Fall alle Legate zuſammenfallen, ſind Sintenis III S. 738 Note 16 und Wangerow II §. 544 und die bei ihnen angeführten Schriftſteller).

6) So z. B. müßte bei Stipendien, wenn mehrere vollkommen gleich berechtigte Prätendenten auftreten und das Stipendium der Verfügung des Stifters gemäß nicht getheilt werden darf, das Loos entſcheiden. Das Gleiche gilt in dem Fall deſſen das bürgerl. Geſetzbuch im §. 624 a. E. erwähnt, und ebenſo muß in dem Fall, wenn die Erſtgeburt (etwa bei Zwillingen) nicht erwieſen werden kann und es ſich um eine Succeſſion in ein Familienfideicommiß mit Primogenitur handelt, das Loos entſcheiden; vgl. Mühlenbruch I §. 477 Note 9, preuß. Landrecht I 4 §§. 45. 46. In allen andern Fällen z. B. wenn A in ſeinem Teſtament ſagt, ich vermache dem Erſtgebornen der Familie X mein Haus, gilt natürlich das früher (Note 5) Ausgeführte; vgl. Böcking Note 38 (der ſich mit Unrecht gegen Mühlenbruch erklärt).

7) Das Gleiche gilt aber auch in Anſehung dritter Perſonen, welche dem im Beſitz des Streitgegenſtandes befindlichen Prätendenten ſein Recht abſprechen wollen, da ſie ebenſowenig den Beweis zu führen im Stande ſind, daß ihm das Recht nicht gebühre, als er daß ihm das Recht gebühre: es hängt ſonach Alles davon ab, wen die Beweislaſt trifft.

2) Wenn ein Recht durch sein Bestehen das Entstehen eines andern Rechtes hindert, da sie nicht beide zugleich begründet sein können, kann von einer Collision der Rechte keine Rede sein, da die Collision der Rechte wirklich bestehende Rechte voraussetzt, in dem fraglichen Falle aber das Recht, welches mit dem andern schon bestehenden in Collision kommen könnte, gar nicht entstehen kann. Dieß ist dann der Fall, wenn ein Recht den möglichen Inhalt in einer gewissen Richtung vollkommen erschöpft, so daß ein gleiches auf denselben Inhalt gerichtetes Recht nicht existiren kann. So z. B. kann das Eigenthumsrecht nicht Mehreren in solidum zukommen[8], der Usus-fructus, die Emphyteuse und Superficies kann nicht Mehreren an derselben Sache in solidum zustehen[9]. Wenn der Eigenthümer seine Sache zweien Personen hintereinander verkauft, so erwirbt jener welchem sie zuerst tradirt wurde das Eigenthum und es kann von einer Collision zwischen ihm und dem andern Käufer, dem der Verkäufer etwa später die Sache tradirt hat, keine Rede sein, da diese spätere Tradition zu einer Zeit geschieht, wo der Verkäufer das Eigenthum nicht mehr hat und daher in dieser Beziehung wirkungslos ist[10]. Ebenso verhält es sich, wenn derselbe Nichteigenthümer eine Sache zwei Personen hintereinander veräußert: wer die Sache zuerst tradirt erhält, hat den Vorzug[11]. — Ebensowenig kann

8) Ein s. g. Gesammteigenthum d. h. ein dominium plurium in solidum, ein Rechtsverhältniß wobei jedem von mehreren Theilhabern das Eigenthum an der ganzen Sache und ungetheilt zustehen soll, gibt es nicht, obgleich es nicht an Germanisten gefehlt hat und fehlt, welche ein solches Institut dem deutschen Recht aufbürden wollen; vgl. insbes. Duncker Das Gesammteigenthum (1843) und das Nähere in der Lehre vom Eigenthum.

9) Daher ist auch die Ehe als die Hingebung der totalen Persönlichkeit wesentlich monogamisch, Gaj. I 53 neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere. Daher findet bei einer Bigamie nicht Collision zweier Ehen statt, sondern die zweite Ehe kommt, weil eben noch die erste existirt, gar nicht zur juristischen Existenz.

10) l. 15 C. de R. V. (3, 32) §. 430 a. b. G. B. Mit Unrecht spricht Wächter S. 592. 593 in diesem Fall von einer Collision des persönlichen Rechts mit dem dinglichen; eine solche Collision gibt es überhaupt nicht, s. im Text Nr. 4.

11) l. 9 §. 4 D. de Publ. act. (6, 2) — si quidem ab eodem non domino emerint potior sit cui priori res tradita est — (cf. l. 14 D. qui pot. 20, 4). Die bonae fidei possessio, das putative fingirte Eigenthum, wird in dieser Beziehung dem wahren Eigenthum gleichgestellt; sowenig der dominus, der die Sache tradirt hat, später einem andern echtes Eigenthum an derselben bestellen kann, ebensowenig der nondominus das fingirte Eigenthum; auch hierin macht sich „der

aus dem gleichen Grunde von einer Colliſion die Rede ſein, wenn das Entſtehen des einen Rechts den Untergang des andern herbeiführt [12].

3) Wenn für das eine Recht die thatſächlichen Vorausſetzungen ſeiner Wirkſamkeit noch nicht vorhanden ſind, während dieſes rückſichtlich des andern bereits der Fall iſt, ſo kann von einer Colliſion keine Rede ſein, da es ſich hier nicht um eine gleichzeitige Ausübung von Rechten handelt [13]. So collidiren z. B. in dem Falle, wenn A dem B bedingt oder unter einem Termin, dem C unbedingt oder ſofort (praesenti die) ſchuldet, die beiden Forderungsrechte noch gar nicht [14]. — Auch verſteht es ſich von ſelbſt, daß von einer Colliſion nicht geſprochen werden könne, wenn Mehreren dasſelbe Recht zuſteht aber im concreten Falle nur von einem von ihnen auszuüben iſt.

4) Wenn die concurrirenden Rechte der mehreren Perſonen nicht im Inhalte zuſammentreffen, ſo kann ebenfalls von einer Colliſion nicht die Rede ſein. Daher iſt keine Colliſion der Rechte vorhanden,

---

Parallelismus zwiſchen dem wirklichen und dem putativen Eigenthum" (Jhering Abhandlungen aus dem röm. Recht 1844 S. 94 fg.) geltend.

12) Hierauf bezieht ſich die öfters (z. B. von Thibaut Verſuche S. 253, Schweppe I §. 460, Schilling II §. 92, Mühlenbruch I §. 469) zur Entſcheidung von Colliſionsfällen aufgeſtellte Regel, daß das aus einer ſpecielleren Norm entſpringende Recht dem aus einer generellen entſpringenden vorgehe; vgl. Stahl in der angef. Diſſertat. S. 14 fg. Denn ſoweit die Ausnahme gilt erzeugt die Regel eben gar keine Rechte oder es gehen die durch ſie erzeugten unter; es exiſtiren daher gar nicht mehrere ſubjective Rechte die in Colliſion kommen könnten. Wenn z. B. dem A ein ausſchließendes Privilegium ertheilt wird, ſo kommt ſein Recht nicht mit dem Recht (wohl aber vielleicht mit den Intereſſen) aller Übrigen in Colliſion, da mit der Ertheilung des fraglichen Privilegiums allen Übrigen das gleiche Recht entzogen iſt. Es handelt ſich aber bei den von jenen Schriftſtellern (vgl. z. B. Thibaut Verſuche S. 253) angeführten Fällen gar nicht um eine Colliſion der Rechte im ſubjectiven Sinn, ſondern lediglich um das Verhältniß der objectiven Rechtsnormen zu einander, um den Vorzug des privilegium vor dem jus singulare und des jus singulare vor dem jus commune. Die oft angeführte l. 80 D. de R. J. (In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est) iſt lediglich eine Interpretationsregel für Rechtsdispoſitionen und zwar ſowohl für objective Rechtsnormen als für Privatdispoſitionen (Rechtsgeſchäfte) vgl. z. B. l. 44 §. 3 l. 99 §. 5 D. de leg. III. Vgl. Stahl S. 20 fg., Fritz S. 59. 60, Kierulff I S. 321.

13) Kierulff I S. 234. 235.

14) Anders im Fall des Concurſes, da auch bedingte und betagte Forderungen angemeldet und claſſificirt werden müſſen.

wenn ein dingliches Recht an einer Sache und ein Forderungsrecht, deſſen mittelbarer Gegenſtand dieſelbe Sache iſt, zuſammentreffen [15]: beide Rechte haben einen weſentlich verſchiedenen Inhalt und können daher nicht bloß nebeneinander beſtehen, ſondern auch nebeneinander ausgeübt werden [16]. Wenn man hier häufig davon ſpricht, das dingliche Recht ſei ſtärker als das perſönliche, ſo ſoll hiermit nur geſagt ſein, daß das dingliche Recht als abſolutes eine größere Wirkſamkeit habe, als das bloß relative perſönliche Recht [17].

5) Ebenſowenig kann endlich dann von einer Colliſion die Rede ſein, wenn das eine Recht eine Beſchränkung des andern ungleichartigen Rechtes iſt [18] oder wenn die mehreren Perſonen in einer ſogenannten Gemeinſchaft des Rechts (vgl. oben §. 67) ſtehen [19].

II. In den Fällen in welchen in der That eine Colliſion der Rechte vorhanden iſt, iſt zunächſt zu ermitteln, ob nicht etwa das eine Recht vor dem andern einen beſtimmten Vorzug genieße, alſo das ſtärkere Recht ſei; hierauf iſt zu unterſuchen wie es in dem Falle zu halten

---

15) Kierulff I S. 235. 236, Böcking I §. 128 §. o.

16) Mit Unrecht ſpricht Wächter S. 589. 590 auch in dieſem Fall von einer Colliſion der Rechte. Wenn A ſein Haus vermiethet und es ſpäter veräußert, ſo kann allerdings der Miether gegenüber dem neuen Eigenthümer ſein Miethrecht nicht geltend machen, aber nicht deßhalb weil ſein Recht dem Inhalt nach mit dem des neuen Eigenthümers collidirt, ſondern deßhalb weil er mit dem neuen Eigenthümer in keinem obligatoriſchen Verhältniß ſteht, kraft deſſen dieſer genöthigt wäre, ihn in der Wohnung zu belaſſen; er kann dem vindicirenden neuen Eigenthümer nicht die exceptio des Miethvertrags entgegenſetzen, weil er eben mit ihm in keinem Vertragsverhältniß ſteht.

17) S. oben §. 62 Nr. 6; über die Parömie Kauf bricht Miethe ſ. oben §. 62 Note 34.

18) In dieſem Fall fehlt es den zuſammentreffenden Rechten am gleichen Inhalt und es kann daher von einer Colliſion keine Rede ſein. So z. B. iſt im Fall der Beſchränkung des Eigenthums durch dingliche Rechte durchaus keine Colliſion vorhanden, da dieſe Rechte zwar denſelben Gegenſtand aber einen verſchiedenen Inhalt haben; vgl. Stahl S. 5, Böcking I S. 486 lit. β, Kierulff I S. 232 Note ** a. E. Mit Unrecht nimmt Wächter II S. 594 auch in dieſem Fall eine Colliſion der Rechte an; hierbei unterläuft (vgl. Wächter's Beiſpiele in Note 5 u. 7) eine Verwechslung der Colliſion der Intereſſen mit der Colliſion von Rechten.

19) So z. B. kann bei einem Miteigenthum von einer Colliſion keine Rede Rede ſein; ebenſowenig kann dann von einer Colliſion die Rede ſein (wie Göſchen I S. 370 irrigerweiſe annimmt) wenn mehreren Perſonen ein und derſelbe Gegenſtand hinterlaſſen wurde und ſie ſich in denſelben nunmehr zu theilen haben (§. 8 I. de leg. 2, 20), da hier bloß eine Concurrenz zur ſelben Sache ſtattfindet (vgl. l. 3 pr. D. de usufr. accresc. 7, 2 concursu fit divisio).

ſei, wenn von den collidirenden Rechten keines einen ſolchen Vorzug genießt[20].

A. Was zunächſt die erſte Frage betrifft, ob eines der collidirenden Rechte dem andern vorgehe und daher vor allen andern und mit Ausſchließung oder Beſchränkung der andern den Vorzug genieße, ſo iſt darauf zu ſehen:

1) ob nicht die Geſetze ausdrücklich beſondere Vorſchriften über den Vorzug einzelner Rechte enthalten[21]. So z. B. gibt es abſolut privilegirte Forderungsrechte, deren Befriedigung der aller übrigen Gläubiger, ſowohl der chirographariſchen als der Pfandgläubiger, vorgeht; ebenſo gibt es manche privilegirte Pfandrechte und manche (nicht abſolut) privilegirte Forderungsrechte[22]. Dieſe privilegirten Rechte können unter ſich ſelbſt wieder einen geſetzlich beſtimmten Vorrang genießen[23].

2) In einigen wenigen Fällen entſcheidet das Alter der Entſtehung der verſchiedenen Rechte, indem das ältere Recht dem jüngeren vorgeht (Prior tempore potior jure[24]). So in dem Falle, wenn verſchiedenen Perſonen dingliche Rechte an derſelben Sache zuſtehen[25]:

---

20) Vgl. insbeſ. Wächter II S. 588 fg.

21) Manche neuere Schriftſteller z. B. Kierulff I S. 232, Böcking I §. 128 § n Note 26 wollen dieſe Fälle nicht als Fälle wirklicher Colliſion anſehen und nehmen daher ſchon in den Begriff der Colliſion das Merkmal gleicher Stärke der zuſammentreffenden Rechte an. Allein hierin gehen dieſe Schriftſteller, wohl zunächſt in Folge der an ſich berechtigten Reaction gegen den Vorgang anderer Schriftſteller (z. B. Thibaut und Hufeland in den angef. Abhandlungen, Wening I §. 38, Schilling II §. 92, Göſchen I §. 129 u. A.), welche vieles zur Colliſion rechneten was gar nicht dazu gehört, zu weit; vgl. auch Wächter §. 76 Note 2. Denn immerhin iſt in dieſen Fällen an ſich eine Colliſion vorhanden; die zuſammentreffenden Rechte können nicht alle vollſtändig ausgeübt werden; indem nun das Geſetz dem einen oder andern Recht einen Vorzug in der Befriedigung einräumt, beſteht eine geſetzliche Löſung der an ſich vorhandenen Colliſion.

22) Die nähere Darſtellung dieſer Vorzüge gehört zu den betreffenden beſonderen Lehren.

23) Privilegium fortius vincit debilius. Beiſpiele aus dem röm. Recht über den geſetzlichen Vorzug eines ſingulären Rechts vor dem andern ſ. in l. 3 §. 2 D. de SC. Mac. (14, 6) l. 44 §. 7 D. de minor. (4, 4) l. 42 eod. (irrig iſt die Motivirung bei Stahl S. 47).

24) Vgl. hierüber Thibaut Verſuche S. 254. 255, Hufeland S. 26—34, Fritz Erläuter. I S. 60. 64.

25) Manche Schriftſteller wie Fritz I S. 64, Kierulff I S. 233. 234, Böcking §. 111 lit. β meinen daß hier von einer eigentlichen Colliſion keine Rede ſein könne, „da dieſe nebeneinanderſtehenden Rechte zur ſucceſſiven Ausübung be-

hier geht das früher erworbene dingliche Recht dem später erworbenen vor, z. B. die ältere Servitut der jüngeren (§. 486 a. b. G. B.), das ältere Pfandrecht dem neueren, das frühere Pfandrecht der späteren Servitut[26].

B. In dem Falle wenn von collidirenden Rechten keines vor dem andern einen bestimmten Vorrang genießt[27], stehen die collidirenden

---

stimmt seien." Allerdings ist letzteres der Fall; aber hiermit ist die Sache nicht abgethan. Die zur successiven Ausübung bestimmten Rechte können entweder alle nebeneinander ohne Beeinträchtigung ausgeübt werden oder nicht: im letzteren Fall ist in der That eine Collision vorhanden, welche durch den Satz gelöst wird daß das ältere Recht dem jüngern vorgehe; vgl. Stahl S. 5, Wächter S. 591. 592. Wenn z. B. mehreren Personen hintereinander das Weiderecht eingeräumt ist, so kann das spätere Weiderecht gar nicht oder nur beschränkt ausgeübt werden, solange die vorhergehende Servitut den Ertrag des dienenden Grundstücks gänzlich oder zum größten Theil absorbirt; vermindert sich später das Bedürfniß des vorberechtigten herrschenden Gutes oder vermehrt sich später der Ertrag des dienenden Grundstücks, so hört die bisher bestandene Collision auf und das später constituirte Weiderecht wird nunmehr in seinem vollen Umfang ausgeübt.

26) Als einen Fall dieser Art pflegt man in der Regel auch die Privilegien anzuführen, allein in diesem Fall ist bloß eine scheinbare Collision vorhanden vgl. im Text Nr. III. — Auch zieht man hierher öfters die l. 26 D. loc. (19, 2) In operibus duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri. Allein hiermit soll wohl nichts anderes gesagt sein als daß, wenn von mehreren gegenwärtigen zugleich anwesenden (simul) Personen jede sich vom Promittenten Arbeiten oder Dienstleistungen versprechen läßt, welche zwar sämmtlich aber nicht auf einmal erfüllt werden können, die Befriedigung dieser Personen in der Reihe stattfindet, in der sie das Versprechen empfingen, z. B. mehrere Personen hintereinander verlangen in einem Kahn, der nicht alle faßt, übersetzt zu werden. Hier ist in der That von einer Collision der Rechte gar keine Rede, da alle Parteien befriedigt werden können und es sich nur um die Reihenfolge handelt, in der sie befriedigt werden sollen; vgl. Fritz S. 60. 61, Kierulff S. 233. 234 in der Note, Böcking Note 24. Am wenigsten geht es wohl an, jenen Satz in dem Umfang zu generalisiren wie es Wächter S. 593 thut. Einen singulären Fall enthält c. 22 c. 31 X. de spons. (4, 1).

27) Fälle dieser Art sind z. B. folgende: a) die Gläubiger eines insolventen Schuldners vor ausgebrochenem Concurs; b) die gleichstark privilegirten Forderungsrechte im Concurs; c) Correalgläubiger; d) die gleichartigen Rechte der Mitglieder einer universitas an der Benutzung von res universitatis; e) mehrere bonae fidei possessores, welche ihre Rechte von verschiedenen non dominis ableiten; f) der Anspruch der Gemeinschafter auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache; g) das Wahlrecht mehrerer Legatare, welche das Recht haben dieselbe Sache oder ihren Werth zu fordern; h) mehrere Proceßprocuratoren, die zur Führung des Processes in solidum bestellt wurden; i) mehrere Personen, welche von einem Schuldner dieselbe bestimmte Sache zu fordern haben z. B. zwei Käufer einer Uhr, welchen derselbe Verkäufer sie hintereinander verkauft hat. — Andere Fälle, welche nach röm. Recht hierher gehören (vgl. Böcking Note 28), wie die Benützung der bona religiosa eines Erblassers durch alle Miterben und insbesondere

Rechte alle einander gleich[28]; alle Berechtigten ſind juriſtiſch gleich befugt ihr Recht geltend zu machen und dasſelbe auszuüben, ſoweit es ihnen factiſch möglich iſt[29]. Die Auflöſung der Colliſion widerſtreitender Rechte, die in ihrer juriſtiſchen Kraft völlig gleich ſind, deren volle Befriedigung aber factiſch unmöglich iſt, hängt rein von factiſchen Zufälligkeiten von thatſächlichen Umſtänden ab. Dieſe factiſchen Momente beſtehen: 1) in der Prävention; 2) in der allſeitigen Beſchränkung in der Ausübung des Rechts; 3) in der Entſcheidung durch das Loos.

1) Eine Prävention (Zuvorkommung) findet zunächſt a) dadurch ſtatt, daß einer der Berechtigten ſich zuerſt in die betreffende Lage verſetzt hat oder auf außergerichtlichem Weg in den Beſitz deſſen gelangt iſt, worauf das Recht Aller gerichtet iſt. Hier iſt dieſer Berechtigte, der bereits in jener Lage iſt die er vermöge ſeines Rechts beanſpru-

---

der Fall der l. 10 D. de pign. (20, 1), können nach heutigem öſterr. Recht nicht mehr vorkommen.

28) Über die Regel zur Löſung von Colliſionsfällen si vinco vincentem te, vinco etiam te ipsum (vgl. einerſeits l. 14 §. 3 D. de div. praescr. temp. 44, 3 andererſeits l. 16 D. qui pot. 20, 4) ſ. Schweppe §. 160 und Wächter Note 3. — Früher pflegte man auch öfters zur Löſung von Colliſionsfällen die Regel aufzuſtellen, daß jener qui de damno vitando certat jenem vorzuziehen ſei qui versatur in lucro captando (ſo auch noch Schilling II §. 92 Nr. 3 und Mühlenbruch I §. 169 Nr. 4). Daß dieſe Regel unhaltbar ſei und daß die Geſetzesſtellen worauf man ſich dafür berufen hat (l. 14 §. 6 l. 34 pr. D. de minor. 4, 4 l. 44 D. de R. J.) dieſelbe durchaus nicht beweiſen, darüber iſt man heutzutage einig; vgl. Thibaut Verſuche S. 259 fg. (der aber für die Fälle der ſ. g. directen Colliſion [vgl. Note 29] noch an jener falſchen Regel feſthalten will S. 256 und Pandekt. §. 86 Note g), Hufeland S. 36—44, Wächter Note 28. — Eine ganz ſinguläre und in ihrer Vereinzelung ſicher zu billigende Anwendung jener älteren Regel findet ſich im öſterr. Recht beim Concurs der Gläubiger, indem nach öſterr. Recht der Beſchenkte im Concurs den ex causa onerosa klagenden Gläubigern nachſteht (§. 28 lit. a der allg. Conc. Ordn. v. 1. Mai 1781, §. 25 Ziff. 1 der ungar. Concursordn. v. 18. Juli 1853): eine Beſtimmung, welche nach gemeinem Recht nicht gilt, obgleich ſie auch von manchen gemeinrechtlichen Schriftſtellern (z. B. Müller ad Struvium Exerc. XLIV §. 57 und die bei ihm Note g angef. Schriftſteller) für das gemeine Recht vertheidigt wird, vgl. Thibaut Verſuche S. 259. 260.

29) Thibaut in der angef. Abh. S. 255 fg. unterſcheidet zwiſchen directer und indirecter Colliſion der Rechte, je nachdem die Berechtigten ihre Anſprüche gegen einander oder gegen ein drittes Individuum oder Object erheben. Allein dieſe Unterſcheidung, welche manche andere Schriftſteller adoptirt haben z. B. Hufeland, Wenig, Fritz, Heiſe u. A., iſt theils ſchwankend und unbeſtimmt, theils ohne praktiſche Bedeutung und wird daher mit Recht von den meiſten neueren Schriftſtellern aufgegeben; vgl. auch Wächter Note 22.

chen kann, im Vortheil, da die Übrigen, die ihn aus seiner Lage vertreiben oder ihm den Streitgegenstand entziehen wollen, der Voraussetzung gemäß nicht die stärkere juristische Kraft besitzen, welche hierzu nöthig wäre[30]. b) Muß um in den Besitz des Streitgegenstandes zu gelangen geklagt werden, so ist derjenige als der Prävenirende anzusehen, der zuerst ein günstiges rechtskräftiges Erkenntniß für sich erlangt hat; es entscheidet die Priorität des rechtskräftigen Urtheils[31].

---

30) l. 128 pr. D. de R. J. In pari causa possessor potior haberi debet. l. 33 eod. In eo quod vel is qui petit vel is a quo petitur lucrifacturus est durior causa est petitoris l. 126 §. 2 eod. c. 66 de R. J. in VI. („Wer zuerst kommt mahlt zuerst.") Beispiele (vgl. Note 27): a) der Gläubiger, der vor Eröffnung des Concurses sich die volle Bezahlung vom Schuldner verschafft hat, behält das Gezahlte. l. 6 §. 7 D. quae in fraud. credit. (42, 8) — qui debitam pecuniam recepit — sibi vigilavit. l. 24 eod. — alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant — sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci: jus civile vigilantibus scriptum est, ideo non revocatur id quod percepi. Vgl. Wächter S. 595 (Eine singuläre Ausnahme, welche aber da sie im Wesen der societas gegründet ist wohl auch nach österr. Recht gelten muß, enthält l. 63 §. 5 D. pro soc. 17, 2); b) der Correalgläubiger der zuerst die Zahlung empfangen hat; l. 2 l. 3 §. 4 l. 46 D. de duob. reis (45, 2) l. 4 C. eod. lit. (8, 40) §. 895 a. b. G. B.; c) diejenigen Gemeindeglieder, welche zuerst die res universitatis benützen, schließen die später kommenden aus, z. B. in einem Freibad, in einem Freitheater u. s. f. cf. l. 5 §. 15 D. commod. (13, 6); d) l. 9 §. 4 D. de Publ. act. (6, 2) — si a diversis non dominis (emerint) melior causa sit possidentis quam petentis (scheinbar widerstreitend ist l. 31 §. 2 D. de A. E. V.) §. 374 a. b. G. B.; e) wer von Mehreren die zur Anstellung einer Theilungsklage gleich berechtigt sind zuerst auf Theilung klagt, hat die Rolle des Klägers; l. 13 D. de jud. (5, 1) — par omnium causa videtur; sed magis placuit eum videri actorem qui ad judicium provocasset; f) derjenige der mehreren Legatare, welche das Wahlrecht zwischen der nemlichen ganzen Sache oder deren Werth haben, hat den Vorzug, welcher zuerst das Wahlrecht ausübt l. 33 D. de leg. I (Eine andere Frage ist es, welcher Moment hierbei nach österr. Recht als der entscheidende angesehen werden müsse; hierüber später das Nähere); g) derjenige von mehreren Proceßprocuratoren, mit dem zuerst Litis contestirt wurde, kann von den andern nicht mehr verdrängt werden l. 32 D. de proc. (3, 3) (vgl. Bethmann-Hollweg Theorie des Civilproc. S. 164. 248). — Ein anderes Beispiel s. in c. 22 c. 31 X. de spons. cit.

31) l. 10 D. de pec. (15, 1) — occupantis melior est conditio. Occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est sed qui prior ad sententiam judicis pervenit. l. 14 pr. D. de noxal. act. (9, 4) — ei itaque debetur non qui prior egit sed qui prior ad sententiam pervenit, et ideo ei qui postea vicerit actionem denegari judicati. Wenn daher (vgl. Note 27 lit. i) Jemand zweien Personen hintereinander seine Uhr verkauft, so geht derjenige vor, der zuerst ein günstiges rechtskräftiges Urtheil für sich erwirkt hat, nicht derjenige, welcher zuerst geklagt hat. Das Gleiche ist der Fall, wenn zur Befriedigung der Forderungen ein bestimmtes Vermögen angewiesen ist; Fälle dieser Art bieten im heutigen Recht die Aktiengesellschaften, beziehungsweise auch die Commanditen u. ä. m. — Nach ge-

2) Iſt keiner dem andern zuvorzukommen, ſo wird jeder in der Ausübung ſeines Rechtes durch die Mitausübung aller Anderen beſchränkt[32].

---

meinem Recht zieht man — obwohl nicht unbeſtritten — auch den Fall hierher, wenn die Correalgläubiger klagend auftreten müſſen: hier habe derjenige den Vorzug, welcher zuerſt ein rechtskräftiges den Schuldner verurtheilendes Erkenntniß für ſich erwirkt habe, nicht jener, welcher zuerſt geklagt hat. Manche ſelbſt neuere Schriftſteller ſind jedoch anderer Anſicht und meinen unter Berufung auf l. 28 C. de fidejuss. (8, 41), daß wenn einer der Correalgläubiger klage durch den Proceß nicht bloß ſeine Klage, ſondern auch die ſeines Mitgläubigers conſumirt werde und daß daher der Schuldner, wenn der eine Gläubiger den Proceß gegen ihn begonnen habe ſich nicht mehr durch Zahlung an den andern Gläubiger liberiren könne; ſo Fritz Erläut. II S. 484 fg., Göſchen Vorleſ. I §. 172, Puchta Pandekt. §. 285 Note g. Allein dieſe Anſicht iſt formell gewiß unhaltbar, da ſie einem veralteten ſchon im juſtinianiſchen Recht nicht mehr geltenden Inſtitut (dem Inſtitut der Proceßconſumtion) für das heutige Recht in einem vereinzelt daſtehenden Punkt eine längſt abgeſtorbene praktiſche Giltigkeit zu geben ſucht; vgl. Savigny V S. 255 Obl. R. I S. 183 Note f, Wächter Erörterungen Heft III S. 58. 59, Buchka die Lehre vom Einfluß des Proceſſes auf das materielle Rechtsverhältniß Bd II (1847) S. 40 fg., Vangerow III neueſte Aufl. S. 102 (in den früheren Aufl. S. 94 war er noch entgegengeſetzter Anſicht), Rudorff in der Note 4 zur 4. Aufl. von Puchta's Vorleſ. (1855) II S. 39. Allein dem Reſultat nach muß man dennoch bei genauerer Erwägung dieſer letzteren Anſicht beipflichten. Der Schuldner nemlich, welcher von einem der Correalgläubiger bereits belangt iſt, kann der ſpäteren Klage eines anderen Correalgläubigers wegen der objectiven Einheit der Obligatio die exceptio litis pendentis entgegenſetzen (vgl. Buchka Einfluß des Proceſſes II S. 141) und kann ſich auch durch Zahlung an einen anderen Correalgläubiger von ſeiner Proceßobligation nicht befreien. Von dieſem Standpunkt aus iſt die Beſtimmung des a. b. G. B. §. 892 (— „der Schuldner muß das Ganze demjenigen dieſer Gläubiger entrichten, der ihn zuerſt darum angeht") gewiß zu billigen.

32) So z. B. findet nach Eröffnung des Concurſes eine theilweiſe Befriedigung aller Gläubiger ſtatt l. 6 §. 7 D. quae in fraud. credit. (42, 8) — qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset l. 6 C. de bon. auct. jud. (7, 72) — aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest. §. 21 der allgem. Concursordn. v. 1. Mai 1781. Dieß gilt auch in Anſehung der gleichſtark privilegirten Forderungen untereinander, (Note 27 lit. b) l. 32 D. de reb. auctor. jud. (42, 5) Privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa: et si ejusdem tituli fuerint concurrunt licet diversitates temporis in his fuerint. Dieſer Grundſatz iſt auch in der öſterr. Geſetzgebung wiederholt anerkannt worden; §. 19 a. E. der allgem. Concursordn., Hofdecr. v. 25. Dec. 1785 (Weſſely Handb. des gerichtl. Verfahrens Nr. 1700), Hofdecr. v. 28. Sept. 1785 (Weſſely Nr. 1699). — Einen andern Fall dieſer Art ſ. in §. 692 a. b. G. B. — Ein anderer Fall dieſer Art kann ſich nach öſterr. Recht ereignen, wenn die Geſuche um Intabulation zu gleicher Zeit überreicht werden (vgl. §. 440 a. b. G. B. und Pat. v. 3. Mai 1858

3) Ist eine gemeinsame beschränkte Ausübung des Rechts nicht möglich[33], so entscheidet das Loos[34].

III. Was insbesondere Rechtswohlthaten und Privilegien im engeren Sinne betrifft[35], so hat man früher häufig die Regel aufgestellt: Privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur (Privilegiatus contra privilegiatum non suo privilegio sed jure communi utitur). Daß diese Regel auf einem Mißverständniß einzelner Quellstellen (l. 8 pr. D. de excusat. 27, 1 l. 11 §. 6 l. 34 pr. D. de minor. 4, 4) beruhe und daß vielmehr gerade umgekehrt auch eine privilegirte Person gegen gleich privilegirte Personen von ihrem Privilegium Gebrauch machen könne, wird heutzutage allgemein anerkannt[36]. Vor

§. 418) vgl. Turnes Über das Verfahren in Collisionsfällen bei den Landtafel- und Grundbuchsämtern in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 II S. 252 fg. und s. auch Heyne Commentar über das sächsische Hypothekengesetz II S. 16 fg. — Ein ähnlicher Fall ereignet sich öfters bei Subscriptionen zu Aktiengesellschaften, wenn eine größere Summe gezeichnet wird als die den Unternehmungsfond zu bilden hat und die Subscriptionen daher reducirt werden müssen.

33) Manche Schriftsteller wie z. B. Thibaut Versuche S. 257. 264 fg., Mühlenbruch I §. 169 Note 11, Schilling II §. 92 a. E. haben die Behauptung aufgestellt, daß in solchem Fall die widerstreitenden Rechte sich gegenseitig aufreiben, so daß keiner der Berechtigten etwas bekommt; über die Unhaltbarkeit dieser Ansicht vgl. Kierulff S. 239. 240, Fritz Erläut. I S. 64 fg., Wächter S. 598.

34) So z. B. entscheidet das Loos, wenn bei einer Theilungsklage (judicium divisorium) die mehreren Gemeinschafter mit ihrer Klage gleichzeitig auftreten, um die Parteirollen zu bestimmen l. 14 D. de judic. (5, 1). So entscheidet das Loos wer von mehreren Legataren, denen das Wahlrecht einer Species zukommt (optionis legatum) und welche sich darüber nicht einigen, das Wahlrecht ausüben solle l. 3 pr. C. commun. de leg. (6, 43). (Der Fall, daß unter den mehreren Erben eines Legatars durchs Loos zu entscheiden wäre wem das Wahlrecht zukomme [l. 3 pr. cit.], kann nach österr. Recht nicht vorkommen, da das bürgerl. Gesetzb. im Einklang mit mehreren älteren Schriftstellern, wahrscheinlich aus Mißverständniß der l. 76 D. de V. O, die verkehrte Ansicht sanctionirt hat, daß das Wahlrecht ein höchstpersönliches nicht auf die Erben übergehendes Recht sei, §. 659 a. b. G. B.; vgl. Zeiller II S. 598 und s. dagegen §. 23 I. de leg. 2, 20. — Fraglich ist es ob auch nach österr. Recht die Bestimmung des römischen Rechts gelte, daß der durchs Loos zur Wahl Berechtigte die ganze Sache erhält und die Übrigen durch verhältnißmäßige Entschädigung abfindet.) — Ebenso entscheidet das Loos im Fall des §. 844 a. b. G. B., wenn etwa mehrere gleich alte Theilnehmer vorhanden sind (vgl. l. 4 §. 3 l. 5 D. fam. ercisc. 10, 2).

35) Von diesem Fall ausschließlich handelte die ältere Doctrin; vgl. oben Note 1.

36) Vgl. Thibaut Versuche S. 242 fg. (der aber S. 257 in gewissen Beziehungen doch wieder jene ältere irrige Regel aufrecht erhalten will; s. dagegen Kierulff S. 239, Fritz S. 66 fg.), Hufeland S. 1—6. 16 fg., Böcking

allem kann derjenige, dem eine Rechtswohlthat zukommt, ſich derſelben auch gegen denjenigen bedienen, dem das gleiche Beneficium zuſteht[37]. So kann z. B. eine Kirche gegen die andere von ihrer Vergünſtigung in Anſehung der Erſitzungs- und Verjährungsfriſt Gebrauch machen[38]; ebenſo derjenige der einen beſonderen Gerichtsſtand genießt gegen denjenigen dem die gleiche Rechtswohlthat zuſteht[39] u. ä. m.[40]. — Was insbeſondere Privilegien im engeren Sinn betrifft, ſo kann eine überdieß bloß ſcheinbare Colliſion nur dann eintreten, wenn Jemanden ein ausſchließliches Privilegium (Monopol) ertheilt wurde[41], und ſpäter[42] dasſelbe Privilegium einer andern Perſon verliehen wird. In dieſem Falle iſt *im Zweifel* das neuere mit dem älteren in Widerſpruch ſtehende Privilegium als erſchlichen zu betrachten und derjenige dem zuerſt das fragliche Privilegium verliehen wurde, als der Berechtigte anzuſehen (prior tempore potior jure)[43]. Iſt jedoch

---

Note 26, Wächter S. 598 und beſonders Note 31. — Die richtige Anſicht findet ſich unter den älteren Schriftſtellern bei Hommel Rhapsod. quaest. observ. 624, Wientzek De vero sensu l. 11 §§. 6. 7. l. 12 de minor. juncto examine regulae Privilegiatus contra privilegiatum non utitur jure suo (1778) und Glück II §. 105.

37) Auch in dieſem Falle ſprach die ältere Schule verkehrterweiſe von einer Colliſion, während doch aus dem im Text I Nr. 3. angegebenen Grund hier von einer Colliſion gar keine Rede ſein kann, da ja z. B. die Kirche gegen die erſeſſen wird nicht die Kirche die erſitzt begünſtigt wird, alſo die fraglichen Rechtswohlthaten im concreten Fall gar nicht concurriren geſchweige denn collidiren; vgl. Glück S. 20—28, Thibaut Verſuche S. 250 fg., Fritz S. 58.

38) c. 6 c. 8 X. de praescript. (2, 26).

39) c. 1 X. de fori comp. (2, 2).

40) Andere Beiſpiele aus dem röm. Recht ſ. in l. 46 D. ex quib. caus. (4, 6) l. 5 C. ad SC. Vellej. (4, 29).

41) Iſt das Privilegium kein ausſchließliches, ſo kann wohl von einer Concurrenz der mehreren Privilegirten (z. B. der Gewerbtreibenden in einer Stadt, der Handelsbefugten) in der Ausübung, vielleicht auch von einer Colliſion der Intereſſen nicht aber von einer Colliſion der Rechte die Rede ſein; Thibaut Verſuche S. 250.

42) Iſt zweien Perſonen zugleich ein ausſchließliches Privilegium gegen *Dritte* verliehen worden, ſo verſteht es ſich von ſelbſt aus der Art der Verleihung, daß jedem von ihnen bloß ein Ausſchließungsrecht gegen Dritte, nicht gegeneinander gegeben iſt und daß jeder der beiden gleich Privilegirten ſein Privilegium nicht gegen den andern ausüben kann; man kann ſich daher auch in dieſem Fall nicht auf die angebliche Regel privilegiatus contra privilegiatum jure suo non utitur berufen, vgl. Wächter Note 31.

43) Man drückt dieß auch dahin aus privilegium posterius non tollit prius; inter duo privilegia contraria antiquiùs praevalet. Vgl. Glück II S. 19. 20,

der Wille des Geſetzgebers das alte Privilegium durch Ertheilung des neuen (indirect) aufzuheben unzweifelhaft, dann verſteht es ſich von ſelbſt, daß das neue Privilegium zu gelten hat; von einer Colliſion kann aber auch in dieſem Fall keine Rede ſein, da mit der Entſtehung des neuen Privilegiums das alte zu exiſtiren aufgehört hat (ſ. oben I Nr. 2 a E.).

Hufeland S. 27 fg., Kierulff S. 287 in der Note, Fritz S. 61, Puchta Vorleſ. I S. 70; ganz verfehlt ſind die Ausführungen von Schlayer über dieſen Punkt in der Zeitſchr. f. Civilr. und Proz. XII S. 83—85. — Eine Anwendung dieſes Grundſatzes enthält das Erfindungsprivilegiengeſetz v. 15. Aug. 1852 (R. G. B. Nr. 184) im §. 29 Ziff. 1 lit. cc.

Anhang.

Über den Entwickelungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Abdruck aus Schletter's Jahrb. d. deutsch. Rechtswissensch. I (1855) S. 353 fg.*

Es sind jetzt ungefähr sechszig bis siebenzig Jahre her, daß die drei bedeutendsten privatrechtlichen Gesetzbücher, welche die Gegenwart kennt, in Wirksamkeit traten. Es mag nunmehr an der Zeit sein, sich den Gang klar zu machen, welchen die Rechtswissenschaft in diesen Ländern seither genommen hat, und den wissenschaftlichen Werth zu bestimmen, welcher der durch jene Gesetzbücher hervorgerufenen Literatur zukommt. Eine solche Schilderung dürfte nicht ohne alles theoretische und praktische Interesse sein. Sie wird einerseits dazu dienen, für jene Länder, in welchen privatrechtliche Gesetzbücher bereits bestehen, die Richtung mit klarem Bewußtsein anzugeben, welche die Rechtswissenschaft einschlagen soll und muß, wenn sie nicht länger diesen Namen mit Unrecht führen soll: sie wird anderseits dazu dienen, das Verhältniß eines Gesetzbuches zur wissenschaftlichen Theorie schärfer zu bestimmen, für die Lösung der Frage der Codification manchen neuen Beitrag zu liefern und hierdurch für jene Länder, in welchen man entschlossen ist, privatrechtliche Gesetzbücher einzuführen, den Anstoß zu Einrichtungen und Anstalten zu geben, durch welche der Gefahr einer Verkehrung der Rechtswissenschaft zur bloßen Gesetzeskunde passend vorgebeugt werden mag.

Wir wollen es versuchen, in großen Umrissen jenen Gang der Rechtswissenschaft und der Rechtsliteratur zu zeichnen und hierbei insbesondere auf die Zustände Österreichs etwas näher einzugehen.

Es sind drei Perioden, welche sich in dem Entwickelungsgange

* Vgl. oben S. 18 Note 1.

der Rechtswiſſenſchaft in jenen Ländern unterſcheiden laſſen, in welchen an die Stelle des gemeinen Rechts ein umfaſſendes privatrechtliches Geſetzbuch mit der Beſtimmung tritt, künftighin allein als Rechtsquelle zu dienen. Die erſte Periode umfaßt das Wirken jener Männer, welche ihre wiſſenſchaftliche Ausbildung und ihre praktiſche Tüchtigkeit in der Zeit erhielten, welche der Publication des Geſetzbuches vorherging. Dieſe Männer ſind in der Schule des gemeinen Rechts gebildet, an den Sätzen desſelben großgezogen; ſie überſehen den Rechtsſtoff, wie er ſich bisher entwickelt hat, in ſeinem ganzen Umfang und ſind mit den feinen Verzweigungen und Veräſtelungen des Rechtsorganismus wohl bekannt. Zu dieſen Männern gehören denn vor Allem die Verfaſſer des betreffenden Geſetzbuches. Für ſie erſcheint das neue Geſetzbuch nur als der geſättigte Niederſchlag der Theorie ihrer Zeit; ſie ſehen das Geſetzbuch nicht als etwas Unfehlbares, abſolut Vollkommenes, ſondern als ein relativ Gutes an, das mit der Zeit der Verbeſſerung dringend bedürftig werden mag; ſie ſind überzeugt, daß Das was ſie liefern unvollkommen ſei wie jedes menſchliche Werk, wie ſich der Juſtizminiſter von Goldbeck bei der Ueberreichung des letzten Bandes des Landrechtes an den König von Preußen ausdrückte. Dieſe Männer gehen mit ihrer reichen Bildung, mit ihrem umfaſſenden Wiſſen an das Geſetz heran und kennen den Zuſammenhang desſelben mit dem älteren Rechte; ſie tragen ihre ausgebildete Theorie in das Geſetzbuch hinein und füllen damit theils die Lücken desſelben aus, theils führen ſie die einzelnen geſetzlichen Beſtimmungen, welche die betreffende Materie nur im großen Styl behandeln, mit Sorgfalt bis ins Detail aus. Dieſe erſte Periode iſt die Periode der Begeiſterung, des allſeitigen unermüdlichen Schaffens. — Auf das tüchtige Wirken dieſer Männer folgt die zweite Periode. In ihr ſehen wir Männer wirken, welche in der Schule des neuen Geſetzbuches gebildet, in dieſem das Alpha und Omega der Jurisprudenz erblicken. Statt mit einer tüchtigen Theorie an das Geſetzbuch heranzutreten, wird nunmehr aus dem Geſetzbuch heraus die Theorie gebildet. An die Stelle fruchtbaren Producirens tritt mechaniſches Reproduciren; der Geſetzesparagraph wird nach allen Seiten und Richtungen hin gewendet und paraphraſirt: über ihm ſchließt ſich der Horizont. Dieſe Periode iſt die Periode der Stagnation, die Periode der Verkehrung der Rechtswiſſenſchaft

zur bloßen Gesetzeskenntniß. Der Scharfsinn einzelner Männer nützt sich ab in wenig fruchtbarer Wortdeutelei, der höhere Blick, die Auffassung des Rechts als eines organischen Ganzen geht verloren. Man sieht das Recht als ein mechanisches Aggregat nebeneinander stehender Rechtsregeln an und hält, unbekannt mit den Fortschritten der Wissenschaft und unbekümmert um die Resultate neuerer Forschungen auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, das Gesetz für etwas Vollkommenes, Unfehlbares und bezeichnet jede Kritik desselben als etwas Illoyales. In dieser Periode vergißt man den Zusammenhang des neueren Rechts, wie es im Gesetz ausgesprochen ist, mit dem älteren Rechte und hält das Zurückgehen auf dieses für eine leere nutzlose Beschäftigung. Es ist die Zeit geographischer und historischer Abgeschlossenheit, die Zeit, in welcher man über die Gegenwart die Vergangenheit und die Zukunft vergißt. — Dieser Zustand ist, mag er auch in einem Lande längere Zeit hindurch gewährt haben, dennoch auf die Dauer unhaltbar und trägt in sich selbst den Keim seines Untergangs. Man wird allmälig jener geistlosen Behandlungsweise müde, und ihre totale Unfruchtbarkeit läßt sie nach und nach auch praktisch in Mißkredit kommen. Aus der öden freudelosen Abgesperrtheit beginnt man dem Studium des gemeinen Rechts sich wieder zuzuwenden, und holt sich in diesem die geistige Frische, welche man im Studium des heimischen Rechts gänzlich zu verlieren bedroht war. Man beginnt die Ausprägung, welche die Rechtsinstitute im Gesetzbuche erlangt haben, mit der Gestaltung zu vergleichen, welche die Rechtsinstitute in der mittlerweile fortgeschrittenen Theorie des gemeinen Rechts erlangt haben. Man gelangt zum Bewußtsein, daß das Recht als ein Geistiges einer mechanischen Fixirung unfähig sei, daß die Rechtssätze und Rechtsregeln ihr fortschreitendes Leben haben, welches wohl zeitlich begrenzt, aber nicht in ewigen Bann gelegt werden kann. Man überzeugt sich in immer größeren Kreisen, daß die Bestimmungen des Gesetzbuches nur der kurz gefaßte Ausdruck der wissenschaftlichen Ansichten der damaligen Zeit seien, und gewinnt mit Hülfe der Dogmengeschichte die Kenntniß von der Art und Weise, wie der fragliche Rechtssatz gerade in dieser Gestaltung ins Gesetzbuch aufgenommen wurde. Hiermit ist für die wissenschaftliche Kritik der Weg gebahnt. Die Wissenschaft, „diese geborne Herrscherin, die in ihrem Gebiete entweder die Regierung führt oder untergeht“,

erhebt sich zu neuem Aufschwung; es regt sich frisches Leben auf dem Gebiete der Jurisprudenz, und indem der Geist in die Vergangenheit taucht, stählt er sich zu neuem, zukunftsreichen Flug. In dieser dritten Periode erhebt man sich von der bloßen Gesetzeskenntniß wieder zur Wissenschaft. Es ist die Periode der wissenschaftlichen Umarbeitung des ganzen Rechtsstoffes, der bewußten Reproduction der gesetzlichen Bestimmungen: die Periode der wissenschaftlichen Kritik und des wissenschaftlichen Fortschritts.

Wir wollen es nunmehr versuchen, nach diesen Perioden die österreichische Rechtsliteratur seit dem Jahre 1811 zu charakterisiren.

Die erste Periode reicht ungefähr bis in die zweite Hälfte der zwanziger Jahre. In dieser Zeit herrscht auf dem Gebiete der Legislation eine frische, rege Thätigkeit. Man erkennt die Nothwendigkeit, eine Hypothekarordnung zu geben, und beschäftigt sich zu diesem Behuf mit dem Studium der ausländischen Gesetzgebungen. Man unterläßt es, eine Vorschrift über das summarische Verfahren in Besitzstreitigkeiten für sämmtliche Länder, in welchen das bürgerliche Gesetzbuch herrscht, zu geben, weil man von dem Plane erfüllt ist, demnächst eine neue Prozeßordnung an die Stelle der alten Gerichtsordnung mit ihren zahllosen Novellen zu setzen. In diese Zeit fällt das Wirken von Männern, denen die schuldige Achtung und die Anerkennung der Verdienstlichkeit ihrer Leistungen niemals versagt werden wird. Zu ihnen gehören Zeiller, Pratobevera, Schuster, Dolliner, zum Theil auch Wagner und Scheidlein. In den Schriften dieser Männer findet sich eine sorgfältige Benützung der gemeinrechtlichen Literatur ihrer Zeit, sowie eine genaue und gründliche Kenntniß der Legislationen der Nachbarländer. Diese Männer stehen auf der Höhe der philosophischen und juristischen Bildung ihrer Periode, und sind nach allen Seiten hin thätig, an der steten Verbesserung der Gesetze zu arbeiten. Zeiller's Commentar erhält dadurch einen bleibenden Werth, daß er uns die Motive bekannt gibt, welche bei der Abfassung des Gesetzbuches und der Ausprägung der einzelnen Rechtssätze und Rechtsregeln die leitenden waren, sowie er durch die Berufung auf gemeinrechtliche Schriftsteller den innern Zusammenhang angibt, in welchem das bürgerliche Gesetzbuch mit der ältern Rechtsdoctrin steht. Pratobevera gründet das für seine Zeit vortreffliche Journal „Materialien für Gesetzeskunde und Rechtspflege"

(1815), dessen Aufgabe er unter anderem auch dahin angibt, „die fortgehende Geschichte der Gesetzgebung, freimüthige Darstellungen des Mangelhaften an Gesetzen und Rechtsinstituten, besonnene Vorschläge zu Verbesserungen" zu liefern und dringt auf Sammlungen von Rechtssprüchen (Mater. Bd. 5. Abhdlg. 4). Schuster spricht sich über die Stellung des gemeinen Rechts zum bürgerlichen Gesetzbuche und über die Aufgabe eines wissenschaftlichen Handbuches über dieses in der Vorrede zum ersten und einzigen Bande seines Commentars mit folgenden trefflichen Worten aus (S. 7): „Vertraute Bekanntschaft mit der Theorie des Civilrechts ist die nothwendige Vorbedingung, um gegenwärtiges Gesetzbuch mit Nutzen zu lesen und sich zu einem der Absicht des Gesetzgebers entsprechenden österreichischen Rechtsgelehrten zu bilden. Durch welches Mittel soll man sich aber die Theorie eigen machen? Etwa wie Viele, die sich die Arbeit gern erleichtern, der Meinung sind, durch das bloße Studium des Gesetzbuches selbst? Aber dieses deutet ja nur auf die Theorie hin, ohne sie zu entwickeln. — Die Theorie des bürgerlichen Rechts kann nur aus dem Justinianischen Rechte, und zwar vorzüglich aus den Pandekten und den darüber erschienenen Commentaren geschöpft werden." — Schuster dringt wiederholt in Abhandlungen auf diese wissenschaftliche Behandlungsweise des österreichischen Rechts und tritt der sich bereits geltend machenden Richtung der zweiten Periode mit scharfen Worten und in geharnischter Rüstung entgegen. — Was nun den civilistischen Werth der Schriften jener Rechtsgelehrten anbetrifft, so muß man einen doppelten Maßstab unterscheiden, welcher an sie gelegt werden kann. Vom Standpunkte ihrer Zeit aus waren sie vortrefflich. Sie enthalten den Wiederschein der damals herrschenden Ansichten über das römische Recht und stehen alle unter dem Einfluß des in jener Zeit in ungebrochener Herrschaft geltenden Naturrechts. Will man das Verdienst jener Männer messen, so darf man sicher keinen andern Maßstab an sie legen, als den der geistigen Bildung ihrer Zeit. Vom Standpunkte der heutigen Rechtswissenschaft aus wird sich aber wohl nur Weniges in jenen Schriften finden lassen, dem man seine Beistimmung zu geben im Stande wäre; sie verhalten sich zur heutigen Darstellung ungefähr wie Dabelow's und Thibaut's Pandekten zu Savigny's und Puchta's Systemen. Diese Werke können daher einem durchgebildeten Civilisten des heutigen

Tags nicht mehr genügen, aber ihrer Zeit haben jene Männer Genüge gethan und damit ihren Beruf vollkommen erfüllt.

Nicht dasselbe kann man von den Epigonen jener Männer sagen. Es beginnt nunmehr die zweite Periode der österreichischen Rechtswissenschaft, die Periode der Stagnation, welche bis auf unsere Tage ihre drückende Herrschaft zu bewahren gewußt hat und in den Jahren 1830—40 ihren Höhepunkt erreicht haben dürfte. In dieser Periode herrscht der Buchstabendienst und aller Scharfsinn wird aufgeboten, aus dem einen oder andern Wort heraus eine neue Interpretation zu gewinnen: es ist die exegetische Methode, welche in ihrer vollsten Einseitigkeit zur Anwendung kommt. Es gilt nunmehr für illoyal, den kritischen Maßstab an das Gesetz anzulegen, und man erreicht dieß praktisch, indem man statt von den Verfassern des Gesetzbuches vom „höchsten Gesetzgeber" spricht. Selbst tüchtige Männer der ersten Periode wie Schuster glauben ihre Aufgabe nunmehr darin finden zu müssen, die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches um jeden Preis zu vertheidigen. Von „Savigny und seinen wenigen Anhängern" wird versichert, daß ihnen, da sie sich nur mit römischem Recht beschäftigten, das Verständniß des bürgerlichen Gesetzbuches gänzlich fehle, und man spricht mit Selbstgefälligkeit und einem falschen Schein von Patriotismus von einer nationalen Eigenthümlichkeit und Selbständigkeit der Entwickelung des österreichischen Rechts, wo nur von einer, aus Mißverständnissen des römischen Rechts hervorgegangenen Unrichtigkeit der gesetzlichen Bestimmungen die Rede sein kann. Diese Zeit sehen wir nur wenige Monographieen hervorbringen, welche doch das herrlichste Zeichen der Blüthe einer Wissenschaft bilden, und von diesen wenigen Monographieen dürfte es schwer zu bestimmen sein, ob auch nur einige von ihnen einen wissenschaftlichen Werth haben. Am Aufschwung des römischen Rechts, der in dieser Zeit in Deutschland so mächtig erfolgte, daß man in 30—40 Jahren leistete, wozu sonst nur Jahrhunderte hinreichten, nahm man in Österreich keinen Antheil. Das Studium des deutschen Rechts, welches sich zur gleichberechtigten Höhe mit jenem des römischen Rechts erhob, ward in Österreich vollständig vernachlässigt. Daß bei dieser gänzlichen Vernachlässigung der wissenschaftlichen Erkenntniß der beiden Faktoren unseres heutigen Rechts die Behandlung des Products derselben keine glänzende sein konnte, liegt auf der Hand. So kommt es denn,

daß die österreichische Jurisprudenz heutigen Tags noch von der Ergründung des Wesens der einzelnen Rechtsinstitute ebenso weit entfernt ist als es die gemeinrechtliche Jurisprudenz am Schluß des vorigen Jahrhunderts war. Es fehlt daher — um aus der reichen Fülle von Beispielen nur eines herauszugreifen — an einer noch so kurzen Schrift, in welcher das juristische Wesen und die rechtliche Bedeutung des Instituts der öffentlichen Bücher präcis entwickelt und in historische Verbindung mit dem ältern deutschen Recht gebracht würde; und welche große Rolle spielt dieses Institut in unserem Leben! Wie mangelhaft jede Darstellung der Lehre vom Besitz hiernach ausfallen müsse, leuchtet von selbst ein, und daraus zunächst erklärt sich die durchaus unbefriedigende Darstellung des s. g. Tabularbesitzes in allen unsern Lehrbüchern. Ebensowenig wie das Institut der öffentlichen Bücher ist das Wesen der Pertinenzen, der Singular- und Universalsuccession u. s. w. ins Klare gebracht, und ohne Aufstellung eines allgemeinen Theils schiffen wir durch das Rechtsgebiet gleich dem Piloten ohne Kompaß. An die Stelle der Bearbeitung des Rechtsstoffes in seiner organischen Totalität trat eine logische Analyse der einzelnen Paragraphen, welche in Tendenz und Manier an die Thätigkeit der Scholastiker vielfach erinnert. Daß diese Behandlungsweise, welche auf logisches „Pointiren und Piquiren" ausgeht, gerade in Ansehung des österreichischen Gesetzes am wenigsten ersprießlich werden konnte, ergibt sich aus der Erwägung, daß, wie Bluntschli treffend bemerkt, „die Begriffserklärungen derselben häufig ungeschickt, und darum in der That auch schädlich sind, weil sie leicht durch bloß logischen Gebrauch zu innerlich falschen und verkehrten Folgen führen." Der mahnende Ruf Savigny's (1814): „die fortdauernde Nothwendigkeit eines historisch begründeten Rechtsstudiums sei für die unmittelbare Anwendung dringender bei dem österreichischen Gesetzbuche", blieb unbeachtet, und noch heute fehlt es nicht an Solchen, welche jenen Ausspruch Savigny's so wie den Gerber's (Deutsches Privatrecht S. 49) mehr auf den Lippen als im Herzen, mehr im Wort als im Sinn führen.

Zu diesem Sinken der Rechtswissenschaft trug insbesondere der Studienplan vom Jahre 1810 bei. Die Tendenz dieses Studienplanes ging nicht so sehr dahin, die Universitäten zu Pflanzschulen der fortschreitenden Wissenschaft, als vielmehr zu Instituten zu machen,

in welchen brauchbare Justiz- und Verwaltungsbeamte gebildet würden. (Kink Geschichte der Universität Wien I Not. 832.) Dieser Tendenz zufolge wurde vor Allem das Studium des römischen Rechts hauptsächlich von dem Gesichtspunkt aus aufgefaßt, daß nach Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches noch manche Rechtsfälle zur Entscheidung kommen könnten, welche nach dem römischen Recht zu beurtheilen wären. Man freute sich ziemlich allgemein, dieses mühsamen Studiums los und ledig zu werden. Nahm man auch in Folge der lebhaften und ehrenwerthen Verwendung der Hofkanzlei (Kink I Not. 831) das römische Recht noch unter die s. g. obligaten Fächer auf, so zwängte man doch den Vortrag desselben in die kürzeste Zeit ein und trug sich mit der angenehmen Hoffnung, daß in etlichen Jahren das römische Recht gar nicht mehr an der Universität werde gelehrt zu werden brauchen. Man hat zwar in neuester Zeit bei den lebhaften Kämpfen über die Reform des höhern Unterrichtswesens darauf hingewiesen, daß der Studienplan vom Jahre 1810 die Bedeutung des Studiums des römischen Rechts für das particuläre Recht in Eine Linie stelle mit dem Studium der classischen Sprachen für unsere heutige philologische Ausbildung. Dieß ist allerdings ganz richtig. Allein so wenig sich die classische Philologie in Österreich vor dem J. 1848 einer warmen liebevollen Pflege zu erfreuen hatte, so wenig ward eine solche dem römischen Recht zu Theil. Die Quellen wurden fast gar nicht mehr berücksichtigt; die Mehrzahl der Studirenden bekam das corpus juris gar nicht zu sehen und wußte um so weniger auch nur äußerlich sich darin zurecht zu finden. Das vorgeschriebene Lehrbuch ward tradirt, explicirt und commentirt, und mit einem dürftigen Memoriren der in demselben enthaltenen Lehrsätze und aufgezählten Punkte galt das Studium des römischen Rechts als erschöpft. — Das deutsche Recht ward aus der Reihe der Lehrfächer gänzlich gestrichen. Bis dahin hatte man auf den österr. Universitäten deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte, sowie deutsches Privatrecht gelehrt und die Schriften einzelner Männer aus jener Zeit geben Zeugniß, daß man eifrig bemüht war, diese Rechtszweige zu cultiviren. Mit der Auflösung des heiligen römisch-deutschen Reichs glaubte man aus politischen Gründen diese Studien besser ganz fallen zu lassen und gab hiermit nicht nur die wissenschaftliche Pflege des innern geistigen Zusammenhangs Österreichs mit Deutschland

auf, sondern übersah auch gänzlich die civilistische Bedeutung, welche jene Studien für unser heutiges Recht haben. — Besondere Berücksichtigung wurde dem Studium des bürgerlichen Gesetzbuches zugewendet. Der Studienplan schrieb jedoch dem Professor dieses Faches vor, „alle Wiederholungen aus dem römischen Rechte und alle Erörterungen dessen zu vermeiden, was in andere Zweige des juristisch-politischen Studiums gehört" und nur darauf zu sehen, „daß die Zuhörer ihre Behauptung aus dem Gesetzbuche selbst beweisen und dann philosophisch zu begründen fähig seien." Hiermit war gesetzlich jede Berücksichtigung der historischen Entwickelung unseres Rechts abgeschnitten und der Grund zu jener exegetischen raisonnirenden Behandlungsweise gelegt, von deren beengenden Fesseln sich loszumachen der heutigen Generation so viele Mühe und Kämpfe kostet. — Als Ausgangs-, Mittel- und Endpunkt der ganzen juristischen Bildung sah der Studienplan vom Jahre 1810 das Naturrecht an, welches im ersten Studienjahr vorgetragen werden mußte und dem Studirenden als solide Basis seiner weitern Ausbildung dienen sollte. Der Studienplan vom Jahre 1810 brachte hiermit die Ideen zur praktischen Ausführung, welche damals die gefeiertsten Rechtsgelehrten Deutschlands theilten (vgl. z. B. Weber Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1. Aufl. 1784, 5. Aufl. 1825 §. 41 S. 99 f.). Im Naturrecht glaubte man ein Normalrecht zu besitzen, welches mit dem ersten Menschen geschaffen ohne Unterschied des Orts und der Zeit seine Anwendung finden müsse. Man stritt lebhaft darüber, ob es denn dem Gesetzgeber überhaupt gestattet sei, an den Sätzen des Naturrechts etwas zu ändern und war darüber einig, daß ein Gesetzbuch im Wesentlichen nichts anderes als eine Durchführung jener Sätze zu enthalten habe. Daher sollten die Vorlesungen über das Naturrecht die beste Vorschule zum Studium des Gesetzbuches bilden, und was in Preußen die Verfasser des Landrechts als die Aufgabe des ausgeschriebenen Lehrbuches bezeichneten (Vorerinnerung zur 3. Abtheilung des 2. Theiles des Entwurfs zum Gesetzbuche, vergl. Bornemann I S. 21 f.), das sollte in Österreich jener Studienplan realisiren. — Man hat bei dem in neuester Zeit in Österreich geführten Kampfe über die Oberherrschaft des Naturrechts, welcher zum Frommen der Wissenschaft mit der Niederlage desselben endete, den Standpunkt verückt, indem man jenes Naturrecht mit der

Rechtsphiloſophie überhaupt identificirte und die Angriffe, welche erſterem galten, auf letztere bezog. Das Naturrecht jener Zeit iſt aber nichts anderes als ein jus civile naturalisatum, ein vages rein äußerliches Raiſonnement über Dinge, deren innerſtes Weſen jener Schule völlig fremd blieb. Das wahrhaft philoſophiſche Element in jenem Naturrechte mußte bei der Lostrennung dieſes Zweiges vom nährenden Baum der geſammten Philoſophie und bei der Fixirung desſelben in geſetzlich vorgeſchriebenen Lehrſätzen gar bald vertrocknen und unfruchtbar werden, ganz abgeſehen von dem innern Widerſpruch, welcher darin liegt, die Rechtsphiloſophie, deren ewige Berechtigung und Bedeutung kein wiſſenſchaftlich Gebildeter in Abrede ſtellen wird, als Baſis des Studiums des poſitiven Rechts zu behandeln und ſomit das Studium des Gegebenen mit dem Vortrag des Geforderten, das Studium des Seienden mit dem Vortrag des Seinſollenden zu beginnen. Indem wir uns hier auf die Seite jener ſtellen, welche das ältere Naturrecht als die materia peccans unſeres bisherigen Unterrichtsweſens anſehen, ſtehen wir keinen Augenblick an, die große Bedeutung anzuerkennen, welche jenes Naturrecht mit ſeinem idealen Naturſtande und ſeinen angebornen Rechten für ſeine Zeit hatte. In jener Zeit nemlich, in welcher die Civiliſten gewohnt waren alles Recht als ein Product der beliebigen Willkür des Geſetzgebers anzuſehen und in welcher dieſe Auffaſſung nicht bloß als eine theoretiſche Abſtraction daſtand; in einer Zeit, in welcher das Individuum mißachtet wurde und in jedem Augenblicke durch einen Machtbefehl ſeiner perſönlichen Freiheit beraubt werden konnte; in einer Zeit, in welcher die Leibeigenſchaft und ein verknöcherter Zunftgeiſt in allen Dingen in voller Kraft daſtand; in einer Zeit, in welcher Ludwig XIV. in dem vielbekannten, oftgenannten Satze das ganze ſtaatliche Leben auf ſein individuelles Leben zurückführte und franzöſiſche Könige ihren Marſchällen nach Belieben Maitreſſen ins Lager kommandirten: in jener Zeit mußte ſich der Geiſt, der nicht allen Sinn für Menſchenwürde und Unabhängigkeit verloren hatte, in einen idealen Naturſtand flüchten und ſich dort angeborne und unveräußerliche Rechte beilegen, welche ihm keine Staatsgewalt zu entreißen im Stande ſei. Wie man in dem zweiten und dritten Jahrzehend unſeres Jahrhunderts aus der unbefriedigenden Wirklichkeit mit Hülfe der Romantik in das durch den poetiſchen Zauber der Ent-

fernung verklärte Mittelalter sich rettete, so flüchtete man damals aus den durch und durch verfaulten Zuständen des Staatslebens in dieß ideale Reich eines seligen Naturstandes. Den letzten Schutt des Mittelalters mit kräftiger Hand hinwegzuräumen, Luft und Licht für einen neuen geistigen Bau zu schaffen, das war die welthistorische Mission jenes Naturrechts. Indem aber das Naturrecht in Österreich, nachdem es seine Mission lange bereits erfüllt hatte, dennoch immer in der alten herkömmlichen Weise gelehrt werden mußte, hemmte es nicht bloß den philosophischen Fortschritt und fesselte, wo es seiner ursprünglichen Bestimmung nach nur befreien sollte, sondern hielt auch die civilistische Wissenschaft auf dem überlebten Standpunkte hartnäckig fest.

Indem wir mit dieser Schilderung des Unterrichtswesens gezeigt haben, wie die Männer, welche in dieser zweiten Periode auftraten, an der Universität eine durchaus ungenügende wissenschaftliche Bildung erhielten, wird es uns leichter fallen an die unliebsame Aufgabe zu gehen, die Leistungen namhaft zu machen, welche in jene Periode fielen. Es sind insbesondere zahlreiche Abhandlungen über einzelne Rechtsfragen, welche in der „Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit" (seit 1825) und in den Zeitschriften „Themis" (seit 1835) und „der Jurist" (seit 1839) niedergelegt wurden und welche mit wenigen ehrenvollen Ausnahmen (z. B. den Abhandlungen von Wagner, Schuster, Helm u. A.) eine sehr untergeordnete civilistische Bedeutung haben. Wer, in der Schule der heutigen gemeinrechtlichen Jurisprudenz gebildet, sich an jene Aufsätze macht, der wird manche Stelle zu wiederholten Malen lesen müssen, um sich zu überzeugen, daß ihr Inhalt ernstlich gemeint sei. Von größeren Werken gehören hieher Rippel's Commentar (9 Bde. 1830—1838) und Ellinger's Handbuch des österreichischen Civilrechts (1. Aufl. 1842—43 in Einem Band von ungefähr 700 Seiten mit Abdruck der Gesetzesparagraphen). Rippel's vielbändige „Erläuterung" zeugt sicher von dem aufrichtigen Streben eines talentbegabten scharfsinnigen Mannes: allein der Mangel einer gründlichen civilistischen Vorbildung (welchen Rippel in anerkennenswerther Bescheidenheit selbst zugegeben hat) macht sich auf jedem Blatt in auffallender Weise kund. Ellinger's Handbuch bildet nebst Wildner-Maithstein's „Lexikon sämmtlicher Worte des allgemeinen bürg. Gesetzb." (1843)

die üppigste Blüthe dieser unerquicklichen Periode: eine trockene kurzgefaßte exegetische Glosse zu jedem Paragraph mit summarischer Angabe der Ansichten anderer Schriftsteller, darauf berechnet, das Studium so bequem und leicht als nur immer möglich zu machen. — Eine ehrenvolle Ausnahme macht Winiwarter in seinem Commentar (5 Bde 1. Aufl. 1834—38, 2. Aufl. 1838—45). Bei Winiwarter findet sich eine sorgfältige Benützung der gemeinrechtlichen Literatur, allein diese ist noch rein äußerlich. Winiwarter führt die abweichenden Ansichten der neuen Schriftsteller über das gemeine Recht neben den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches so auf, als wären diese verschiedenen Ansichten gleichberechtigt, als könnte jede die richtige und wahre sein; er macht seine Studien über das gemeine Recht nicht fruchtbar, indem er, statt kritisch und dogmengeschichtlich zu verfahren, sich registrirend und parallelisirend verhält.

Bereits in den 40er Jahren machten sich einzelne Stimmen gegen diese geisttödtende Behandlungsweise des positiven Rechts geltend. Die Männer, welche diese Stimmen erhoben, haben das Verdienst die erste Bresche in jene Festung geschossen zu haben, deren Mauern als sanctae angesehen wurden. Auch die Studieneinrichtung wurde allmälig für ungenügend und allen geistigen Fortschritt hemmend erkannt und bereits vor dem J. 1848 Vorschläge zu Reformen gemacht, welche jedoch nicht zur Ausführung kamen. Mit dem heilsamen Verjüngungsproceß, welchen Österreich im Jahre 1848 kräftig bestand, ist es wie auf allen geistigen Gebieten, so auch auf dem der Jurisprudenz anders geworden. Das Unterrichtswesen wurde von Grund aus umgestaltet. An die Stelle des Lehr- und Lernzwangs trat unter den entsprechenden Beschränkungen jene Freiheit, welche den Wettkampf geistiger Kräfte ermöglicht, aus welchem allein der Sieg der Wahrheit und der Triumph der Wissenschaft hervorgehen kann. Das Naturrecht wurde in die entsprechenden Schranken zurückgewiesen, das römische Recht erfreut sich liebevoller kräftiger Pflege und auch das Studium des deutschen Rechts ist an mehreren Universitäten mit Eifer wieder aufgenommen worden. Das ist die große Bedeutung der Reform des Universitätswesens, deren definitive Sanctionirung mit Spannung erwartet wird, daß sie für die Wissenschaft ein neues räumliches Gebäude baut, in welchem diese unbeirrt und un-

gestört von fremdartigen Einflüssen neue Blüthen treiben mag. Nach einem lebhaften Kampfe hat die rechtshistorische Methode den Sieg über die exegetische davongetragen. Es wird in der jüngsten Zeit allgemein zugestanden, daß die Einseitigkeit der exegetischen Methode von Übel sei und daß allein in der rechtshistorischen Schule, wie sie durch Savigny und Puchta gegründet wurde und in Preußen und Frankreich auf das privatrechtliche Gesetzbuch angewendet bereits treffliche Erscheinungen hervorgerufen hat, auch für Österreich das Heil der Jurisprudenz zu finden sei. Selbst jene Männer, welche Anfangs Gegner der neuen Richtung waren, oder doch es zu sein schienen, sprechen jetzt unverholen ihre Überzeugung aus, daß auf diesem Wege allein ein Fortschritt ermöglicht werden könne. So stehen wir denn gegenwärtig in Österreich am dämmernden Beginn der dritten Periode: wenn nicht alle Zeichen trügen, so geht die Rechtswissenschaft in Österreich durch die innige und dauernde Verbindung mit der deutschen Jurisprudenz einer segensreichen Zukunft entgegen. Am Wendepunkt dieser zwei Perioden steht Stubenrauch's Commentar zum bürgerl. Gesetzb.: er ist der Wegzeiger am Kreuzwege, mit doppeltem Arm, von denen der eine in die Vergangenheit, der andere in die Zukunft weiset. Denn während Stubenrauch in seinem Commentar noch immer die Paragraphenfolge des Gesetzbuches einhält, sich ohne allgemeinen Theil auf das hohe Meer wagt und von einer umfassenden Ergründung des Wesens der einzelnen Rechtsinstitute noch fern bleibt, muß ihm anderseits die freudige Anerkennung gezollt werden, daß er unter geschickter Benützung der neueren Literatur über römisches und deutsches Recht ein Werk liefere, welches in der glücklichen Behandlung der einzelnen Materien und in der ansprechenden und klaren Darstellung der schwierigeren Partien die Arbeiten seiner Vorgänger weit hinter sich zurücklässt.

Wir wollen es zum Schluß noch versuchen, die schwierige Aufgabe, welche die österreichische Civiljurisprudenz nunmehr zu lösen hat, klar zu formuliren. Ihre Aufgabe hat zwei Seiten. Der eine Theil der Aufgabe betrifft die Vergangenheit. Es ist die Rechtsgeschichte Österreichs, an deren Ausarbeitung gegangen werden muß. Diese Aufgabe ist wohl eine der schwierigsten die es gibt und ihre Lösung dürfte noch manches Jahr auf sich warten lassen, da die

unerläßlichen Unterbauten in der bisher kaum in Angriff genommenen Abfassung von Rechtsgeschichten der einzelnen Kronländer bestehen. Der andere Theil der Aufgabe betrifft das civilistische Element. Es müssen die einzelnen Rechtsinstitute in ihrem Wesen ergründet, der Zusammenhang, in welchem das österreichische Recht mit dem römischen und deutschen Recht steht, erforscht und die Geschichte jedes einzelnen Rechtssatzes dargestellt werden. Es ist die Dogmengeschichte, die Geschichte der Auffassung und Gestaltung, welche die einzelnen Rechtssätze und Rechtsregeln in den letzten zweihundert Jahren, die der Abfassung unseres Gesetzbuches vorhergingen, erlebt und erlitten haben, welche für die Lösung dieser Aufgabe von der entscheidenden Wichtigkeit ist: Es müssen zu diesem Behuf die Werke der älteren Civilrechtslehrer und Praktiker sorgfältig und genau studirt werden, um die Ansichten und deren Genesis kennen zu lernen, welche über die fragliche Materie zu jener Zeit galten, als die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches gebildet wurden, da die Bestimmungen desselben in ihrer überwiegenden Mehrzahl nichts anderes als die Wiedergabe der Doctrin jener Zeit sind. Hieran hat sich ein tüchtiges Studium der neueren und neuesten gemeinrechtlichen Literatur zu schließen, um den Vergleich ziehen zu können zwischen der heutigen Auffassung eines Rechtsinstituts und der im Gesetzbuche enthaltenen Ausprägung desselben. Bei dieser Kritik wird in gar vielen Fällen nicht zu Gunsten des bürgerlichen Gesetzbuches entschieden werden können. Man wird die Ueberzeugung gewinnen, daß sich manche gesetzliche Bestimmung vor dem Forum der heutigen Rechtswissenschaft nicht vertheidigen läßt. Mit dieser Erkenntniß ist der Weg zur Verbesserung gebahnt: der Weg zur dereinstigen unausweichlichen Revision des Gesetzbuches. Indem wir unseres Wissens hier zum erstenmal die Revision des Gesetzbuches als das letzte praktische Ziel der neuen Richtung, als die Aufgabe der Zukunft bezeichnen, sind wir überzeugt, daß wir hiermit noch auf vielfachen Widerspruch stoßen. Für jene Männer, welche der zweiten Periode angehörig das Gesetzbuch für ein übermenschliches, vollkommenes und unfehlbares ansehen, wollen wir den Ausspruch eines Mannes beifügen, dem sicher keiner von ihnen die schuldige Achtung versagen wird und unter dessen Autorität sich jeder von uns mit Recht beugen mag. Pratobevera hat bereits im Jahre 1821 ausgesprochen,

daß unter „den Wegen, die vereinigt betreten werden müssen, um eine nationale Rechtsgesetzgebung der Vollkommenheit anzunähern und ihre kund gewordenen Mängel zu verbessern, der erste eine periodische Revision der Gesetze sei" (Mater. V 338 fg. vergl. auch Zeiller Beiträge I 95).

In der periodischen Revision eines Gesetzbuches liegt allein das Mittel, die Antinomie, den innern Widerspruch zu lösen, welcher in jeder Codification liegt. Jede Codification nemlich ist nichts anderes, als der in Gesetzesform gebrachte Ausdruck der wissenschaftlichen Überzeugungen ihrer Zeit: sie enthält die Resultate der Theorie, aus welcher sie hervorgeht. Indem sie aber diese Theorie fixirt, kommt sie in Widerspruch mit dem Wesen aller Theorie, denn die Theorie ist das stets fortschreitende, sich unaufhaltsam entwickelnde geistige Element. Indem sich die Ansichten über die eine oder andere Rechtsfrage ändern und somit ein neues wissenschaftliches Bewußtsein gebildet wird, verschieden von jenem, welches sich im Gesetzbuche ausgesprochen findet, entsteht ein Kampf zwischen der Theorie und dem Gesetz, ein Kampf der in jenen Ländern vermieden wird, wo die Theorie nicht fixirt wird, mag diese Fixirung nun in einem Gesetzbuche oder durch ein authorisirtes Handbuch des Rechts geschehen. Der Sieg, der sonst auf dem langsamen stillen Wege einer um sich greifenden Überzeugung erworben wird, kann in jenen Ländern erst das Resultat einer Opposition der fortgeschrittenen Wissenschaft gegen das unverändert gebliebene Gesetz sein. Deßhalb ist es dringend nöthig, gerade in jenen Ländern, in denen privatrechtliche Gesetzbücher existiren, mit allen Mitteln für eine kräftige Betreibung der gemeinrechtlichen Studien zu sorgen und nach einer größeren Anzahl von Jahren zu einer Revision zu schreiten, um die neuen Resultate der Theorie ins Gesetzbuch aufzunehmen.

Was nun eine Revision des bürgerlichen Gesetzbuches betrifft, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß bereits ein so langer Zeitraum seit der Abfassung desselben verflossen ist und daß innerhalb dieses Zeitraums in der Theorie so große Fortschritte gemacht worden sind, daß zu einer Revision desselben geschritten werden könnte. Dennoch dürfte der passende Zeitpunkt noch nicht gekommen sein. Erst dann, wenn kritische Arbeiten die schadhaften Punkte des bürgerlichen Gesetzbuches mit Schärfe und Entschiedenheit angegeben und dadurch

in weiteren Kreiſen das Bedürfniß einer Reviſion hervorgerufen haben werden; erſt dann, wenn ſich unter uns Schulen tüchtiger Romaniſten und Germaniſten gebildet haben werden, welche den heutigen Rechtsſtoff in ſeiner Totalität zu überſehen und zu bemeiſtern vermögen, dann erſt wird der rechte Moment vorhanden ſein. Die Möglichkeit einer gedeihlichen Reviſion wird daher wohl erſt nach mehreren Jahrzehnten eintreten. Sie wird dann aber um ſo ſegensreicher wirken, weil bis dahin in Deutſchland wohl manches Hinderniß der Einigung auf dem Gebiete des Civilrechts beſeitigt ſein wird und wenigſtens ein Theil der deutſchen Staaten nicht abgeneigt ſein dürfte, ſich mit Öſterreich zur Einführung eines gemeinſamen, den Anforderungen der Wiſſenſchaft vollkommen entſprechenden privatrechtlichen Geſetzbuches zu vereinigen. Die Einigung der öſterreichiſchen Rechtswiſſenſchaft mit der deutſchen zu dieſen Zwecken anzubahnen und zu vollziehen, das muß die bewußte Aufgabe der öſterreichiſchen Civiljurisprudenz in unſern Tagen bilden.